



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
RADICACIÓN: 150013333002-2018-00193-00
DEMANDANTE: MERCEDES SOTO ULLOA Y OTROS
DEMANDADOS: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
INSTANCIA: PRIMERA
ASUNTO: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

I.- PARTE DESCRIPTIVA

1. Asunto previo.

Como quiera que este medio de control recaerá sobre un proceso penal relacionado con delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de que fue víctima al parecer una menor de edad, con el propósito de salvaguardar su derecho a la intimidad, según lo prevé el artículo 33 de la Ley 1098 de 2006, su nombre será reemplazado por la abreviatura A.M.G.S.

2. Descripción del caso objeto de decisión.

2.1. La demanda (fls. 4 a 17 y 41 a 46, Doc. 02 y 15 Expediente digitalizado - E.D.-).

La señora **MERCEDES SOTO ULLOA Y OTROS**, actuando a través de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con las siguientes **pretensiones**:

Se declare administrativa, extracontractual y solidariamente responsables a las entidades demandadas por los daños causados a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de **FREDY GARZÓN SOTO**, durante un periodo superior a 12 meses.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte demandada al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados a los demandantes así:

- Perjuicios materiales en el rubro de lucro cesante: Por la suma \$18.000.000 correspondiente a los salarios que **FREDY GARZÓN SOTO** dejó de percibir durante el periodo que estuvo privado de la libertad.
- Perjuicios inmateriales de orden moral: Por el valor de \$70.311.780 para cada uno de los demandantes (la víctima, su compañera permanente, su hija y su madre).

Ordenar que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 192 y s.s. de la Ley 1437 de 2011.

Actualizar la condena conforme con el artículo 195 del CPACA, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria de la sentencia definitiva.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes **hechos**:

El Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá – Boyacá expidió el 15 de agosto de 2015 orden de captura No. 0686458 contra el señor **FREDY GARZÓN SOTO**, previo sustento de la Fiscalía 29 Seccional de Guateque.

El señor **FREDY GARZÓN SOTO** fue capturado el 18 de agosto de 2015 en Villavicencio por funcionarios del CTI, cuando se encontraba trabajando como operador de maquinaria amarilla para la empresa MAESICON. Al momento de la aprehensión le manifestaron la

existencia de la orden de captura, por lo que el mencionado señor fue trasladado al Municipio de Guayatá para la diligencia de legalización de captura y demás actos.

El señor **FREDY GARZÓN SOTO** fue privado de la libertad el 19 de agosto de 2015 por orden del Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá, en diligencia de legalización de captura. Allí mismo fue imputado por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, en concurso homogéneo sucesivo con el delito de acceso carnal violento, en concurso heterogéneo con el delito de incesto.

Por lo anterior, el mencionado señor fue enviado al centro carcelario de Guateque – Boyacá donde estuvo privado de la libertad desde el 18 de agosto de 2015 al 26 de octubre de 2016.

El Juzgado Penal del Circuito de Guateque asumió el proceso como juez de conocimiento, asignándole el número de radicado 2015-0033 y el número de noticia criminal 153226008766201200083 que corresponde al disponible por la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía 29 Seccional de Guateque presentó escrito de imputación contra el señor **FREDY GARZÓN SOTO** ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá, por lo delitos mencionados, con base en las pruebas que en su momento aportó al proceso en cada una de las etapas procesales, en especial en la que solicitó medida de aseguramiento.

En la etapa de juicio, la Fiscalía presentó escrito de acusación contra el mencionado señor acusándolo de haber sostenido relaciones sexuales con su sobrina A.M.G.S. Relaciones que estuvieron marcadas dentro de actos violentos, siendo los últimos actos en el año 2010 y en los meses de agosto y octubre de 2011, los cuales fueron cometidos presuntamente por el señor **GARZÓN SOTO** cuando se encontraba prestando servicio militar, en unos permisos obtenidos cuando él estuvo en el Municipio de Guayatá, lugar donde residía la supuesta víctima.

La anterior acusación, estuvo soportada con las pruebas y peritajes que allegó la fiscalía al proceso, que fueron presentadas en cada instancia procesal.

El Juzgado Penal del Circuito de Guateque, dentro de la etapa de juicio y valoración probatoria, evidenció que la fiscalía no acreditó, ni tampoco pudo probar, que la infante fuera accedida carnalmente por el señor **FREDY GARZÓN SOTO** en los años 2010 y en los meses de agosto y octubre de 2011, cuando *"se encontraba disfrutando de permisos concedidos por el ejército cuando prestaba servicio militar"* como lo sostuvo el ente acusador.

La Fiscalía General de la Nación, por medio de su delegado, argumentó su acusación en pruebas y supuestos hechos que la infante manifestó, haciendo alusión a entrevistas y dictámenes que en su momento realizó la psicóloga y psiquiatra que conoció el caso, las cuales nunca fueron aportadas al proceso y por ende desconocidos por el Despacho.

El Juzgado de conocimiento señaló en la audiencia de lectura de fallo que la fiscalía no *"precisó en sus alegatos de donde (sic) infiere que la infante fue accedida carnalmente por el señor FREDY SOTO a finales del 2010 y 2011 aludiendo que la infante fue sometida a abuso sexual, actividad sexual y situaciones vividas (sic) como lo argumentó en la acusación, y que por el contrario dentro de su sustentación (sic), trae a colación hechos nuevos no concretados en la acusación como que sucedieron en agosto o octubre (sic) del 2010, procurando evidentemente el acusador enderezar argumentativamente equívocos fácticos del pliego de cargos"*.

La defensa del señor **FREDY GARZÓN SOTO** demostró con las pruebas pertinentes que, para la época en que supuestamente ocurrieron los hechos que lo privaron de su libertad, él se encontraba prestando servicio militar dentro de las instalaciones del comando aéreo número 5. Así mismo, que para aquella fecha no se le habían dado ningún permiso porque había tenido comportamientos de indisciplina.

Dentro de la etapa de juicio, la menor víctima se retractó de la denuncia presentada contra el señor **FREDY GARZÓN SOTO**, argumentando que él no la había abusado porque se encontraba prestando servicio militar. Este hecho, según la demanda, no fue tenido en cuenta por la Fiscalía General de la Nación porque lo consideró *"amañado y preparado con el interés de favorecer al procesado por presiones familiares"*.

El Juzgado Penal del Circuito de Guatemala emitió fallo absolutorio a favor del señor **GARZÓN SOTO** el 11 de noviembre de 2016, debido a que no se probó la existencia del hecho ni la responsabilidad del procesado.

El señor **FREDY GARZÓN SOTO** trabajaba como operador de maquinaria amarilla en Villavicencio para la época de la captura, prestando sus servicios para la empresa MAESICON, devengando un salario mensual de \$1.200.000, por lo que durante el periodo de privación de su libertad dejó de recibir \$18.000.000, dinero del cual dependía su núcleo familiar conformado por su compañera, hija y madre.

Con ocasión de la captura y privación de la libertad del señor **FREDY GARZÓN SOTO**, su núcleo familiar conformado por su compañera permanente, su hija y su madre se vieron afectados, además de tener que soportar los juzgamientos, discriminaciones y escarnio público por parte de las personas que los conocen en su comunidad, por los delitos imputados por la Fiscalía.

El señor **FREDY GARZÓN SOTO** ha encontrado dificultades para reincorporarse a la vida social, toda vez que, por haber estado privado de la libertad por los delitos imputados por la Fiscalía, ha tenido problemas para conseguir empleo, al punto que las personas lo ven con temor y lo tildan de "violador", lo que generó desprenderse de su núcleo familiar e irse de la región a buscar nuevas alternativas de trabajo y económicos.

Por último, los demandantes indicaron que la Fiscalía General de la Nación, ni el Ministerio Público apelaron la decisión absolutoria emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Guatemala.

Ahora bien, los demandantes señalaron dentro del acápite de **fundamentos de derecho de la demanda** que la privación de la libertad del señor **FREDY GARZÓN SOTO** se constituye en un daño antijurídico, toda vez que él no tenía la obligación de soportarlo. Pues el Juzgado Penal del Circuito de Guatemala emitió fallo absolutorio a su favor, porque no se probó la existencia del hecho y menos de la responsabilidad del mencionado ciudadano.

Mencionaron que, según jurisprudencia del Consejo de Estado, la responsabilidad que se atribuye al Estado por privación injusta de la libertad se analiza bajo un "régimen de imputación objetivo", encontrándose probados en este asunto los elementos necesarios para su configuración. Añadieron que, por lo anterior, no es necesario demostrar falla del servicio de la autoridad judicial. Recabaron en que la privación de la libertad del señor **FREDY GARZÓN SOTO** no deriva de su conducta, sino de las actuaciones desplegadas por las entidades demandadas.

En lo demás, sostuvieron que están demostrados los perjuicios pretendidos en la demanda.

2.2. Contestación de la demanda.

2.2.1. Fiscalía General de la Nación (fls. 80 a 108, Doc. 26 E.D.).

Contestó la demanda dentro del término legal, por medio de apoderada judicial. En un primer momento, objetó "la cuantía de la demanda" con fundamento en el artículo 206 del CGP, pero no señaló los motivos de dicho planteamiento. Después, solicitó negar las pretensiones de la demanda porque no se configuran los supuestos que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en su contra. Más adelante, señaló que sus actuaciones se ajustaron a la Constitución y a la Ley. Dijo que en la investigación llevada a cabo contra el demandante, en concordancia con el principio *pro infans*, era su deber constitucional tomar las medidas correspondientes de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso penal.

Mencionó que bajo la Ley 906 de 2004 corresponde a la Fiscalía General de la Nación adelantar la investigación para solicitar, como medida preventiva, la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía y decretar las que estime precedentes, para luego determinar su viabilidad o no. Luego, si el daño demandado proviene de la detención injusta, consideró que solo será responsable del mismo quien haya sido competente para imponer la medida.

Propuso las siguientes excepciones que denominó así:

✓ **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Por la naturaleza de esta excepción, así como la estructura del procedimiento contencioso administrativo vigente, fue resuelta

de manera desfavorable en audiencia inicial celebrada el 12 de febrero de 2020 (fls. 138 a 140, vto, Doc. 34 E.D.).

✓ **Inexistencia del daño antijurídico:** Manifestó que no están probados los daños alegados por los demandantes, como consecuencia de la privación de la libertad del señor **FREDY GARZÓN SOTO**. Mencionó que la privación de la libertad no fue arbitraria, ni desproporcionada, sino que por el contrario estuvo debidamente motivada y ajustada a la Ley 906 de 2004.

Después dijo que se presentaba el eximente de responsabilidad que nombró "*hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima*", porque la medida de aseguramiento fue impuesta por un Juez, lo que exonera de responsabilidad a la Fiscalía.

Por último, citó distintas sentencias del Consejo de Estado y de diferentes Tribunales Administrativos del país relacionados con la "*falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación*".

2.2.2. Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fls. 124 a 127 vto, Doc. 27 E.D.).

Contestó la demanda dentro del término procesal correspondiente. Inició su intervención señalando que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Más adelante, dijo que la privación de la libertad decretada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá al señor **FREDY GARZÓN SOTO**, en razón a los delitos imputados, se fundó en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, por lo cual no podía ser favorecido con beneficios o subrogados penales señalados en la Ley 906 de 2004. Lo anterior, en su consideración, puede enmarcarse en el eximente de responsabilidad de "*fuera mayor*" debido al "*carácter irresistible e imprevisible del hecho*" porque "*el juez no podía evitar su declaratoria (imposición de la medida) ni superar las consecuencias (privación de la libertad)*". Agregó que el Juez no tenía otra opción diferente al cumplimiento de las normas señaladas, pues de otra forma estaría incurso en el delito de prevaricato.

Dijo que no existe nexo de causalidad entre las actuaciones judiciales surtidas dentro del proceso penal y el daño antijurídico reclamado por el demandante. En lo demás, sostuvo que no se presenta falla del servicio porque las actuaciones de los jueces estuvieron acordes con la Constitución Política y la Ley.

Propuso como excepciones las que denominó:

✓ **Falta de causa para demandar:** Sostuvo que esta excepción se configura porque las investigaciones penales que se desarrollan de acuerdo con la Ley no pueden ser causal de ninguna indemnización. Y que además las detenciones, como la que tuvo que sufrir el señor FREDY GARZÓN SOTO, están permitidas dentro del ordenamiento jurídico como lo ha sostenido el Consejo de Estado¹. Añadió que las actuaciones de los funcionarios de la Rama Judicial se ciñeron al ordenamiento legal, por lo cual no pueden ser causa para demandar.

✓ **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Por la naturaleza de esta excepción, así como la estructura del procedimiento contencioso administrativo vigente, fue resuelta de manera desfavorable en audiencia inicial celebrada el 12 de febrero de 2020 (fls. 138 a 140, vto, Doc. 34 E.D.).

✓ **Ausencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los jueces de la república:** En síntesis, manifestó que las actuaciones del Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá se ajustaron a la Constitución y la Ley.

✓ **Hecho de un tercero:** Indicó que la medida privativa de la libertad fue decretada bajo la convicción de la existencia del hecho, conforme fue narrado por la víctima y su madre al momento de realizar la denuncia y en la entrevista practicada a la víctima. Por lo anterior, sostuvo que la detención no fue producto de alguna irregularidad de las entidades demandadas sino como consecuencia del señalamiento realizado en contra del señor **FREDY GARZÓN SOTO** por parte de la víctima.

¹ Citó sentencia del Consejo de Estado de la siguiente manera: "*Consejo de Estado, expediente 7687, sentencia de junio de 1995 (sic) ponencia del doctor JESUS MARIA (sic) CARILLO BALLESTEROS*".

✓ **Innominada:** Manifestó que esta correspondía a cualquier otra que este Juzgado encuentre demostrada.

3. Crónica del proceso.

- La demanda se radicó el 20 de noviembre de 2018, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Segundo Administrativo de Tunja (fl. 26, Doc. 03 E.D.). Sin embargo, la titular de ese Despacho se declaró impedida para conocer este asunto por medio de auto de 17 de enero de 2019 (fls. 28 y vto, Doc. 05 E.D.).
- Este Juzgado aceptó el impedimento formulado, por medio de providencia de 21 de febrero de 2019 (fls. 33 a 34, Doc. 09 E.D.).
- La demanda se inadmitió mediante pronunciamiento de 14 de marzo de 2019 (fls. 38 a 39, Doc. 13 E.D.).
- La demanda fue admitida a través de auto de 30 de mayo siguiente (fls. 49 y vto, Doc. 17 E.D.).
- El 02 de julio de 2019 se notificó el auto admisorio a las entidades demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 52 a 54 vto, Doc. 20, 21 y 22 E.D.).
- La Fiscalía General de la Nación presentó escrito de contestación el 17 de septiembre de 2019 (fls. 80 a 108, Doc. 26 E.D.), mientras que la Nación-Rama Judicial lo hizo al día siguiente (fls. 124 a 127 vto, Doc. 27 E.D.), es decir dentro del término legal.
- La secretaría del Juzgado corrió traslado de las excepciones desde el 08 al 10 de octubre de 2019 (fl. 134, Doc. 30 E.D.), término dentro del cual la parte demandante no se pronunció.
- Por medio de auto de 24 de octubre de 2019 se fijó fecha y hora para audiencia inicial (fls. 136 y vto, Doc. 32 E.D.).
- Se realizó audiencia inicial el 12 de febrero de 2020. En aquella diligencia se surtió la etapa de saneamiento, se decidió la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por las entidades demandadas, se realizó la fijación del litigio y se abrió la etapa de pruebas. Allí se dispuso que el 29 de abril de 2020 se llevaría a cabo la audiencia de pruebas (fls. 138 a 140 vto, Doc. 34 E.D.). No obstante, aquella diligencia no se llevó a cabo por cuenta de la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura debido a la pandemia por COVID-19.
- A través de providencias de 09 de julio y 22 de octubre de 2020, respectivamente, se requirió a la parte demandante para que demostrara la gestión realizada frente a las pruebas decretadas (fls. 499 a 501 y 516 a 518, Doc. 40 y 45 E.D.).
- Mediante auto de 25 de febrero de 2021 se fijó fecha y hora para realizar audiencia de pruebas (fls. 526 a 528, Doc. 49 E.D.).
- El pasado 19 de marzo se llevó a cabo audiencia de pruebas, incorporando aquellas que fueron legalmente decretadas. También se prescindió de realizar la audiencia de alegaciones y juzgamiento por lo cual se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 537 a 539, Doc. 53 E.D.).
- El expediente ingresó al Despacho para fallo el 13 de abril de 2021 (fl. 549, Doc. 56 E.D.).

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Parte demandante (fls. 541 a 548, Doc. 55 E.D.).

Dentro del término procesal correspondiente se refirió en primer lugar a los presupuestos procesales de la acción. Luego, se ocupó de las circunstancias que encontró demostradas con los medios de prueba incorporados. Después, indicó argumentos expuestos en la demanda como son el régimen de responsabilidad que considera se aplica en este asunto,

los elementos que configuran la responsabilidad de las entidades demandadas y lo relativo a la prueba de los perjuicios pretendidos.

Por su parte, las entidades demandadas y el Ministerio Público no presentaron alegatos de conclusión.

II.- DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

Con base en lo anterior, se encuentran acreditados y cumplidos los presupuestos de jurisdicción, competencia, demanda en forma, ausencia de caducidad del medio de control y agotamiento del requisito de procedibilidad. En ese orden, se declara que no existe nulidad o irregularidad que invalide lo actuado y se procederá a emitir sentencia.

III.- PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL Y ASOCIADO

Principal²:

Determinar si las entidades demandadas son administrativamente responsables por los presuntos daños generados a los demandantes, con ocasión de la privación de la libertad del señor FREDY GARZÓN SOTO, y si como consecuencia de ello se debe reparar en los términos solicitados en la demanda.

Asociados:

Para resolver el problema jurídico principal el despacho considera pertinente atender los siguientes cuestionamientos:

Analizar la posición jurisprudencial actual en torno a la responsabilidad del Estado por privación de la libertad.

Identificar la metodología diseñada por el Consejo de Estado para estudiar la responsabilidad del Estado por privación de la libertad.

Establecer si este asunto debe analizarse bajo el régimen de responsabilidad objetivo de imputación objetivo de daño especial.

Examinar si las conductas del señor FREDY GARZÓN SOTO ocasionaron el daño demandado.

Recabar acerca del grado de protección que las niñas y las mujeres tienen dentro del ordenamiento jurídico interno.

IV.- TESIS DEL DESPACHO

El Juzgado sostendrá que está demostrado el daño, esto es la privación de la libertad del señor FREDY GARZÓN SOTO. Se dirá igualmente que como el mencionado señor fue absuelto dentro del código único de investigación 153226008766**201200083**, porque en consideración del Juez Penal los hechos por los cuales se acusó no existieron, atendiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la responsabilidad estatal debe analizarse bajo el título objetivo de daño especial. Se argumentará entonces dentro de esta óptica que como se demostró el daño, en principio, ambas entidades demandadas tienen responsabilidad porque participaron en la imposición de la medida de aseguramiento que privó de la libertad al señor GARZÓN SOTO.

No obstante, se dirá también que en el presente asunto está demostrada la culpa de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad del Estado, enmarcada dentro de las especiales condiciones fácticas que rodearon el asunto donde al parecer fue víctima de delitos sexuales la menor A.M.G.S. Razón por la cual, se negarán las pretensiones de este medio de control.

² Corresponde a la fijación del litigio planteado en audiencia inicial de 28 de agosto de 2020.

V.- CONSIDERACIONES

1. Cuestiones previas.

1.1. Diferencia entre excepciones y argumentos de simple defensa.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, a propósito de las facultades que tiene la parte demandada para resistir a la pretensión, esbozó la diferencia entre excepciones y argumentos de simple defensa así:

(...) Preliminarmente, la Sala analizará la diferencia entre excepciones y argumentos de simple defensa, en relación con lo decidido en los numerales 1º a 3º de la sentencia apelada.

La doctrina mayoritaria de antaño, al referirse a la oposición, ha distinguido entre **la simple defensa** y la **excepción**, sosteniendo que en el primer caso sencillamente se niegan los elementos de derecho o de hecho de la demanda, mientras en el segundo se plantean hechos nuevos y distintos que tienen la virtualidad de impedir, variar, dilatar o extinguir el derecho reclamado por el demandante. Esta explicación es efectuada con suma claridad por DEVIS ECHANDÍA, como puede leerse enseguida:

"(...) Cuando el demandado o el imputado se contentan con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, **ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una simple defensa.** Sin embargo, en los procesos civiles y laborales como también en algunos contencioso-administrativos, el demandado no se limita por lo general a esa discusión, sino que afirma, por su parte, **la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones.**

Esos hechos nuevos o distintos de los que fundamentan la demanda, o que representan diferentes modalidades de éstos, y que constituyen las excepciones, pueden ser extintivos, impeditivos, modificativos o dilatorios.

(...)"³ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

(...)

Ahora bien, el artículo 164 del CCA (y actualmente, el artículo 187 del CPACA) establece que en la sentencia debe decidirse *"sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada"*, incluso si el inferior no se pronunció sobre ellas, sin perjuicio de la *no reformatio in pejus*. Esta prescripción implica que en la parte resolutive de la sentencia necesariamente debe efectuarse un pronunciamiento expreso sobre las excepciones, declarándose su prosperidad o improsperidad.

Empero, esta obligación del juez debe entenderse, como se dijo, respecto de la oposición que tiene el carácter de excepción y no la que consiste en una simple defensa, porque esta última simplemente niega la existencia del derecho, lo cual hace parte de la decisión sustancial del fondo del asunto. En otras palabras, **mientras que la excepción por mandato legal debe decidirse expresamente, la resolución de los argumentos que refieren una simple defensa queda subsumida en la decisión de acceder o negar las pretensiones de la demanda.**

No de otra forma pueden entenderse las consecuencias de la diferenciación de estas modalidades de oposición, ya que, como lo sugiere la lógica formal, *una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo*, así que, si un argumento del demandado no se traduce en una excepción sino en una simple defensa, no puede entenderse como lo que no es para efectos de su resolución (...) ⁴ (Negrilla y subrayado son del texto original)

En virtud de lo anterior, se tiene que a través de los argumentos de **simple defensa** sencillamente se niegan los elementos de derecho o de hecho de la demanda. Mientras que por medio de las **excepciones** se plantean hechos nuevos y distintos que tienen la virtualidad de impedir, variar, dilatar o extinguir el derecho reclamado por el demandante⁵.

³ Cita original: "Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, pp. 229-230".

⁴ TAB, Sala de Decisión No. 4, M.P., José Ascensión Fernández Osorio, rad.: 150013331014201100098-01. Tunja, 21 de abril de 2020.

⁵ C.fr., QUINTERO B., y PRIETO E. *Teoría General del Derecho Procesal*, cuarta edición, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2008. Pág., 521 y ss.

En el presente asunto, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación propuso la excepción de mérito que denominó "*inexistencia del daño antijurídico*". Por su parte, el apoderado de la Rama Judicial planteó también excepciones que denominó "*falta de causa para demandar*", "*ausencia de nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los jueces de la república*" y "*hecho de un tercero*". Sin embargo, el Juzgado observa que los argumentos plasmados dentro de cada una están encaminados a oponerse a las pretensiones de la demanda, nada más. Por ende, en técnica jurídica, no tienen la connotación que la parte demandada le otorgó, sino que se trata de argumentos de simple defensa, toda vez que no atacan propiamente las pretensiones, ni constituyen hechos impositivos, modificativos o extintivos, sino que se encaminan a negar el derecho; adicionalmente, tampoco podrían ser utilizados para una contrademanda⁶.

Así las cosas, en razón a que no se trata de verdaderas excepciones el Juzgado no las resolverá como si fueran tal, sino que decidirá de fondo el asunto, en cuyos argumentos se pueden encontrar las razones relacionadas con este medio de defensa invocado.

Con relación a la excepción de mérito que el apoderado de la Rama Judicial denominó "*genérica*", se precisa que por los argumentos anotados tampoco posee dicha condición, sino que se trata de una facultad asignada al Juez por la Ley⁷.

1.2. Del juramento estimatorio.

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación, en su contestación, objetó la "*cuantía de la demanda*". Sin embargo, a pesar de que enunció el artículo 206 del CGP que se refiere al juramento estimatorio, no señaló las razones concretas que la llevaban a "objetar" la cuantía. Así pues, lo anterior sería suficiente para desestimar el argumento de dicha parte pues, en últimas, no habría objeto sobre el cual pronunciarse.

Sin embargo, se considera necesario precisar que si bien el juramento estimatorio señalado en el artículo 206 del CGP es aplicable a esta jurisdicción, lo es en virtud del artículo 211 del CPACA **dado que es un medio de prueba** -con los matices que correspondan⁸-. Más no puede aplicarse como un requisito de la demanda en los términos del artículo 82-7 del CGP, pues recuérdese que dicho aspecto -los requisitos de la demanda- está totalmente regulado al interior de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, es cierto que según el artículo 206 del CGP hay lugar a objetar el juramento estimatorio. No obstante, dicho trámite debe realizarse cuando el demandante haya acudido a dicho medio de prueba.

En este asunto, los demandantes no apelaron al medio de prueba del juramento estimatorio, luego no resulta acertado proponer alguna objeción por la potísima razón de que el mismo es inexistente. Por ende, no hay lugar a avanzar en el sentido propuesto por la apoderada de la Fiscalía General de la Nación.

2. Responsabilidad Extracontractual del Estado.

La regla jurídica que contiene la **cláusula de responsabilidad del Estado** es el artículo 90 de la Constitución Política, según la cual éste "*...responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...*".

La disposición constitucional en cita señala que, para el surgimiento del deber de reparación patrimonial del Estado, basta la existencia de un daño antijurídico y su imputabilidad al servicio público. Es decir, debe constatarse que un asociado sufrió un menoscabo en su patrimonio (*lato sensu*) que legalmente no estaba en la obligación de soportar, derivado de la actuación u omisión de la administración.

Con la Carta Política de 1991 el centro de la responsabilidad del Estado ya no está en la irregularidad de la actuación de los agentes, pues ello es indiferente; lo que debe determinarse es si el damnificado está o no obligado a soportar el daño. De tal manera, si la persona no está obligada a soportar el daño, se entiende que éste es antijurídico y por tal

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 23 de agosto de 1994, Rad. AC-167. Actor Aura Nancy Pedraza Piragauta. M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

⁷ Observar el parágrafo 2 del artículo 175, el numeral 3 del artículo 182 A y el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, modificada de forma reciente por la Ley 2080 de 2021.

⁸ Resulta ilustrativo auto del Tribunal Administrativo de Boyacá, Despacho No. 5, M.P., Clara Elisa Cifuentes Ortiz, rad.: 150013333015-2016-00076-03. Tunja, 30 de agosto de 2017.

motivo debe responder el Estado, por conducto del organismo al que le sea imputable, bien por acción u omisión. A *contrario sensu*, si el damnificado tenía la obligación de soportar el daño, ha de entenderse que no reviste connotaciones antijurídicas y no pasa de ser una simple carga pública, lo cual no amerita resarcimiento patrimonial⁹.

En cuanto a los regímenes o títulos de imputación, desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y aún hoy, existen 3 regímenes de responsabilidad principales, sin perjuicio de otros que han venido desarrollándose. Teorías que, pese a la aparente independencia, bien pueden ser encuadrados, de una u otra forma, en los títulos tradicionales¹⁰. Tales regímenes son el de falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial.

- El primer régimen, denominado falla del servicio, comporta el incumplimiento de los deberes que, conforme al orden jurídico, deben cumplir las autoridades públicas. La falla existe cuando hay incumplimiento total de los deberes, igualmente si la Administración cumple, pero lo hace de manera tardía o de una forma defectuosa. El régimen de falla en el servicio, desde el punto de vista de la distribución de la carga probatoria, se subclasifica en: falla probada y falla presunta. Se trata en realidad del mismo régimen, sólo que, en unos casos, la falla debe probarse y en otros se presume.
- En el régimen de riesgo excepcional, por el contrario, no existe falla alguna, pues tiene lugar cuando en el curso de una actuación legítima del Estado se coloca a las personas en riesgo de verse expuestas a sufrir un detrimento en sus vidas, integridad o patrimonio. Dicho riesgo es excepcional frente a los que normalmente deben verse expuestas las personas, como resultado de la convivencia en sociedad.
- El daño especial, a su vez, comprende diferentes eventualidades en atención a que se trata de un régimen subsidiario. En otras palabras, el asunto se estudia bajo la óptica del daño especial cuando no es posible adecuar la situación a ninguno de los otros regímenes antes mencionados (falla y riesgo). Para configurarse la responsabilidad por daño especial, al igual que cualquier otro régimen, es necesaria la presencia de un daño antijurídico, traducido en una ruptura frente a las cargas públicas, por lo cual en atención al principio de solidaridad, fundante del Estado Social de Derecho, los asociados deben concurrir a tratar de restablecer el equilibrio que debe existir en la distribución de dichas cargas, que es el precio de la vida en sociedad.

3. De la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

El artículo 228 de la Constitución Política establece que la justicia es función pública en los siguientes términos:

Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Por su parte, el legislador estatutario, a través de la Ley 270 de 1996, reguló la responsabilidad del Estado causada por el servicio de administración de justicia. El artículo 65 de aquella Ley edificó de forma especial los términos en que responderá patrimonialmente el Estado así:

Artículo 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

⁹ Para identificar si se está en presencia de una carga pública o de un daño antijurídico, la misma Carta Política se encarga de señalar algunas pautas, que deben ser analizadas por el Juez que conoce del proceso, pues ambos (Carga pública y daño antijurídico) suponen eventualmente menoscabo patrimonial. Una de dichas pautas, y quizá la más importante, es el artículo 11 Constitucional, según el cual el derecho a la vida es inviolable; por lo tanto no habrá pena de muerte. La norma indica, a todas luces, que la muerte de una persona en ningún evento, constituirá una carga pública, pues ni aún el Estado a título de sanción punitiva, puede privar del más importante derecho fundamental a una persona.

Igualmente existen pautas importantes en el artículo 95 Superior que establece los deberes del ciudadano, señalando entre otros el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad; colaborar con la recta y eficaz administración de justicia, etc.

¹⁰ Entre esos regímenes encontramos, por ejemplo, los derivados de la responsabilidad judicial, previstos en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, a saber: privación injusta de la libertad, error jurisdiccional y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

De acuerdo con lo anterior, la precitada Ley estableció 3 supuestos de responsabilidad del Estado en la prestación del servicio público de justicia, como son: **i)** error jurisdiccional; **ii)** privación injusta de la libertad; y **iii)** defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Para lo que interesa a este asunto, el artículo 68 *ibidem* indicó:

Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

La Corte Constitucional, a través de sentencia C-037 de 1996, declaró la exequibilidad de la mencionada norma bajo los siguientes argumentos:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. **Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados.** Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención. (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior significa, conforme con el Consejo de Estado¹¹, que el carácter injusto de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido. La sola privación de la libertad no implica, *per se*, que el Estado tenga responsabilidad.

Sumado a lo anterior, debe agregarse que en atención a la sentencia SU-072 de 2018 -de la cual se hablará más adelante-, así como al principio del *iura novit curia* acogido en esta jurisdicción en juicios de responsabilidad¹², es posible que por los hechos probados se pueda acudir a los diferentes títulos de imputación jurisprudencialmente reconocidos (que en privación injusta de la libertad ha oscilado entre la falla del servicio y el daño especial¹³), independientemente del señalado por las partes.

En este asunto, se pretende la declaratoria de responsabilidad por la privación de la libertad del señor FREDY GARZÓN SOTO, la cual califica de injusta. Luego, bajo ese contexto se estudiará el panorama jurisprudencial actual para después descender al caso concreto.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección "A", C.P., Marta Nubia Velásquez Rico (E), rad.: 76001-23-31-000-2009-00903-01(50191). Bogotá, 05 de marzo de 2020.

¹² Especialmente a partir de la siguiente decisión: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, C.P., Hernán Andrade Rincón, rad.: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515). Bogotá, 19 de abril de 2012, en la que se dijo: "(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar (...)".

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P., María Adriana Marín, rad.: 70001-23-31-000-2005-00434-01(56393). Bogotá, 05 de marzo de 2020, indicó "(...) 5.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos en los cuales resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal".

4. Del precedente judicial en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

4.1. Sentencia SU-072 de 2018 emitida por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional escogió para revisión 2 acciones de tutela instauradas contra 2 Tribunales Administrativos y la Sección Tercera del Consejo de Estado, fruto de lo cual profirió la sentencia SU-072 de 2018. La controversia de aquellos procesos, básicamente, giró en torno a la manera como las autoridades judiciales accionadas analizaron sus respectivos asuntos, relacionados con la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad¹⁴.

Entre otros argumentos, el Alto Tribunal sostuvo que la cláusula general de responsabilidad estatal contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política *"no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional"*. Dijo igualmente que, recordando la sentencia C-037 de 1996, para que la privación de la libertad se califique como "injusta" se debe definir "si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho".

En la sentencia en estudio, se indicó de forma categórica que el juez administrativo, en asuntos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, debe efectuar valoraciones que superen el simple juicio de causalidad, para dar paso a considerar, independientemente del título de imputación que se adopte, *"si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad"*. Esto último, según la Corte, hace referencia a la actuación judicial y no a los títulos de imputación -falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial-, pues según aquella Corporación el artículo 90 Superior no privilegia la utilización de alguno.

Así pues, la obligación que la Corte impone al Juez administrativo en asuntos de responsabilidad por privación de la libertad, de estudiar si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, no implica la adopción de un título de imputación específico. Antes bien, en criterio del Alto Tribunal, la anterior tarea se debe hacer en todos los casos, independientemente del título de imputación que se utilice en cada asunto.

Para este último propósito, esto es escoger el título de imputación, la Corte dijo que el Juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano derivó de una actuación *"inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse"*.

Ahora bien, la Corte Constitucional agregó que, al igual que el Consejo de Estado, cuando la persona está privada de la libertad y la autoridad judicial determina que **el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica**, es posible "predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que **el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos"**. Esto, según el fallo, porque desde el inicio de la investigación se debe tener claro si el hecho se presentó y si el mismo reviste la calificación de delito, pues tanto la Fiscalía como los jueces penales disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza esos dos presupuestos. De manera que, en estos eventos, la administración demandada deberá demostrar que fueron causas *"ajenas e irresistibles"* a su gestión que propiciaron la imposición de la medida.

¹⁴La Corte Constitucional planteó los siguientes problemas jurídicos:

"(...) Le corresponde a la Sala Plena establecer si en el expediente T-6.304.188 el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva para resolver una demanda de reparación directa interpuesta por quien había sido privado de la libertad y posteriormente absuelto en virtud del principio in dubio pro reo, con lo cual se considera que se desconoció el precedente de la sentencia C-037 de 1996 sobre la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad consagrada en el artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, además de acudir a los supuestos fácticos del derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, vulnerando de esa manera los derechos al debido proceso y a la igualdad, así como el principio de sostenibilidad fiscal (...)"

"La Sala también deberá definir si en el expediente T-6.390.556 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto orgánico al asumir en primera instancia la decisión de un asunto resuelto por un juzgado administrativo del circuito, en lugar de desatar el recurso de apelación; así como en un defecto fáctico al no valorar la prueba documental allegada al proceso de reparación directa por no estar autenticada aun cuando en la segunda instancia no se exigió dicho requisito formal."

Además, se deberá establecer si el Consejo de Estado, al resolver un proceso de reparación directa por quien había sido privada de la libertad y posteriormente absuelta por atipicidad subjetiva, incurrió en un defecto sustantivo al aplicar la causal excluyente de responsabilidad estatal "culpa exclusiva de la víctima", desconociendo su precedente de unificación del 17 de octubre de 2013, según el cual debe aplicarse un régimen objetivo para definir la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad (...)"

Los demás eventos que se presenten en un juicio penal en torno a la privación de la libertad, según la Corte, no pueden sostenerse de manera absoluta que el sistema de responsabilidad estatal es objetivo. Así pues, en eventos donde se determine que el procesado no cometió la conducta o sea absuelto por la aplicación del principio penal *in dubio pro reo* no es predicable el uso exclusivo de un título objetivo de responsabilidad, ya que requiere mayores esfuerzos investigativos y probatorios y además necesita "*del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma*".

La Corte Constitucional señaló a modo de conclusión de este apartado:

Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, **le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia**, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante. (Negrilla fuera de texto).

Finalmente, el Alto Tribunal expresó que lo anterior permitía concluir los siguientes aspectos relevantes para este asunto:

- El artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico.
- El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, al igual que la sentencia C-037 de 1996, no definen un régimen de imputación concreto.
- Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo, en aplicación del principio *iura novit curia*, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.
- Definir una fórmula rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 90 de la Constitución Política.
- Cuando se presente la absolución del investigado por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, por ejemplo, en la aplicación del principio *in dubio pro reo* o cuando no se acreditó el dolo -atipicidad subjetiva-, no genera que el juez administrativo examine de forma automática el asunto bajo un título objetivo de responsabilidad. En esos eventos, el juez de lo contencioso debe analizar si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad **fue apropiada, razonable y proporcionada**, pues no hacerlo y decidir bajo un régimen objetivo vulnera el precedente jurisprudencial sentado a partir de la sentencia C-037 de 1996.
- A pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva.
- Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

Todo este trasegar por la mencionada sentencia permite observar el viraje interpretativo en asuntos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Actualmente, según la Corte Constitucional, el título de imputación por excelencia es la falla del servicio, salvo en los supuestos donde **la conducta no constituía un hecho punible o el hecho no existió**, por cuanto en estos es posible acudir a las teorías objetivas como el daño especial o riesgo excepcional. Pero en los demás casos, se debe evaluar si la privación de la libertad era irrazonable o desproporcionada, es decir, si la imposición de la medida de aseguramiento fue legal, razonable y proporcionada, además del análisis de la conducta de la víctima.

4.2. Posición del Consejo de Estado.

Dentro del Consejo de Estado se puede identificar que hacia el año 2013¹⁵ se sostenía que cuando una persona era detenida preventivamente por disposición de una autoridad judicial y luego recuperaba la libertad, ya sea porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, se configuraba un daño que no estaba en la obligación de soportar. Por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Según el pensamiento de la época del referido Máximo Tribunal, la presunción de inocencia se contraponía con la imposición de medidas de seguridad, pues no aceptaba que a pesar de que no se desvirtuaba la inocencia del sindicado, aun al final de proceso, sí tuviere que soportar el límite de su libertad desde el inicio del procedimiento, pues ello no parecía acorde con la Constitución.

De forma posterior, la anterior posición varió diametralmente dentro de la mencionada Corporación. Así, en sentencia de unificación proferida el 15 de agosto de 2018¹⁶, modificó y unificó la posición que hasta ese momento había sostenido en asuntos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad. De manera que, a fin de eliminar las condenas automáticas en este tipo de asuntos, señaló que desde aquella decisión el juez administrativo tenía el deber de establecer en cada caso lo siguiente:

En consecuencia, procede la Sala a **modificar y a unificar su jurisprudencia** en relación con los casos cuya Litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó **la media restrictiva de la libertad, sea cual fuera la causa de ello**, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito **o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible**, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, **será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.**

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, **si quien fue privado de la libertad, actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.**

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecerse cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño (...) (Negrilla y subrayado fuera de texto)

La parte resolutive de la sentencia, respecto a la decisión de unificación, fue del siguiente tenor:

(...)

PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

- 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;
- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
- 3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecuaba al caso concreto.

¹⁵ Puede observarse, por ejemplo, sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, C.P., Mauricio Fajardo Gómez, rad.: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354). Bogotá, 17 de octubre de 2013.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, C.P., Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad.: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947). Bogotá, 15 de agosto de 2015.

(...)

No obstante, la anterior sentencia de unificación fue dejada sin efecto por medio de decisión de tutela proferida el 15 de noviembre de 2019 por la subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷, ordenando emitir pronunciamiento de reemplazo. Dicha determinación fue adoptada porque en su sentir la sentencia de unificación vulneró el derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, pues se negaron las pretensiones de la demanda por haber "*encontrado culpa exclusiva de la actora, sin considerar que la sentencia penal la declaró inocente*". En otras palabras, se transgredió la mencionada prerrogativa porque la sentencia objeto de tutela determinó que la víctima, por su conducta pre-procesal, tuvo la culpa de ser detenida, con lo cual se adujo que aquella circunstancia fue la causa eficiente de la privación de su libertad y por ende del daño que pretendía fuera indemnizado.

Con relación a ello, sostuvo que la valoración de la conducta "*preprocesal*" es competencia del juez penal, al interior del respectivo proceso. Por cuanto si el juez administrativo determina que la detención de la demandante se generó por su propia conducta "*no solo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar (...) que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito y determinó que la Fiscalía abriera investigación y ordenara su detención*".

Por último, la sentencia en mención fue enfática en señalar que como los anteriores argumentos eran suficientes para amparar los derechos fundamentales invocados no haría "*ningún pronunciamiento en relación con el cargo relativo al desconocimiento del precedente invocado en la demanda y desestimado en el fallo de tutela de primera instancia*".

Ahora bien, pese a la mencionada sentencia de tutela, los efectos de la decisión de unificación se han mantenido dentro de las distintas subsecciones de la sección tercera del Consejo de Estado. Por cuanto, actualmente sostienen que para declarar la responsabilidad del Estado, no resulta suficiente el hecho que una persona haya estado privada de la libertad y el proceso penal termine con sentencia absolutoria o con medida de preclusión, sino que debe determinarse si la medida privativa de la libertad resultó injusta y generadora del daño por parte de la administración. La Corporación se remite a la sentencia SU-072 de 2018 para determinar el carácter de "injusto" en la privación de la libertad. De manera que debe analizarse la imposición de la medida de aseguramiento a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, por lo que en cada caso se debe determinar si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido¹⁸.

El Alto Tribunal advierte que lo anterior no implica la adopción de un único título de imputación en estos asuntos, sino que será el juez administrativo que en cada caso concreto determine el que mejor se ajuste a los hechos.

Como muestra del criterio imperante puede observarse decisión de 28 de febrero de 2020, en la que señaló:

(...) 17.- Al momento de dictar la medida de aseguramiento, la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la *detención* de la víctima directa del daño fue una determinación no solo *legal* sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de *responsabilidad* que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso (...) ¹⁹.

Similar postura sostuvo en decisión de 05 de marzo siguiente:

(...) De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad,

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Martín Bermúdez Muñoz, rad.: 11001-03-15-000-2019-00169-01. Bogotá, 15 de noviembre de 2019.

¹⁸ C.fr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección "A", C.P., Marta Nubia Velásquez Rico (E), rad.: 68001-23-31-000-2009-00327-01(49038). Bogotá, 20 de febrero de 2020. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección "A", C.P., Marta Nubia Velásquez Rico (E), rad.: 47001-23-31-000-2011-00029-01(50173). Bogotá, 05 de marzo de 2020. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección "A", C.P., Marta Nubia Velásquez Rico (E), rad.: 76001-23-31-000-2008-01152-01(49555). Bogotá, 05 de marzo de 2020.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección "B", C.P., Martín Bermúdez Muñoz, rad.: 25000-23-26-000-2006-00873-01(43191). Bogotá, 28 de febrero de 2020.

proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

Por último, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-072 de 2018[51], señaló que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez será el que, en cada caso, deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada²⁰ (...)

Criterio que, como se dijo, se mantiene vigente dentro de la Corporación en comento cuando de forma reciente sostuvo:

(...) En conclusión, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada, además, siempre se habrá de establecer si el imputado o sindicado, con su conducta dolosa o gravemente culposa, dio lugar a la medida de privación de la libertad (...)²¹.

Y, que de forma reciente puntualizó así:

Soportado en las anteriores premisas, medida de aseguramiento de detención preventiva, como medida coercitiva para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la efectividad de la pena, o impedir que se transgredan otros bienes jurídicos tutelados, no quebranta el derecho a la libertad de protección constitucional (artículo 28) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - artículo 12 - y Convención Americana de Derechos Humanos - artículo 22 -), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.

Así pues, desde la óptica de la responsabilidad del Estado, solo será objeto de reproche y reparación la falla derivada del incumplimiento o de la omisión de las autoridades respecto de los presupuestos legales necesarios para imponer la medida, evento en el cual la privación de la libertad se tornará arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la libertad.

De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.

Por tanto, y a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado del deber jurídico de repararlo (...)²²

Entonces, conforme con la posición actual del Consejo de Estado, la privación de la libertad de una persona no se predica "injusta" porque el proceso penal haya absuelto al investigado, o no lo hubiere condenado. Para llegar a aquella conclusión, habrá que indagarse si la medida privativa de la libertad se ajustó a parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, a fin de determinar si en el respectivo asunto había mérito para proferir una decisión en tal sentido. Adicionalmente, también deberá indagarse si la conducta gravemente culposa o dolosa de la víctima, dentro del proceso penal, dio lugar a la detención.

Ahora bien, dentro de la Sub Subsección "B" de la Sección Tercera de esta Corporación ha hecho carrera desde decisión de 04 de junio de 2019²³ una metodología que, con fundamento en los precedentes de ese Alto Tribunal y de la sentencia SU-072 de 2018, el Juez Administrativo debe observar en asuntos relativos a la responsabilidad del Estado por

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "A", C.P., Marta Nubia Velásquez Rico (E), rad.: 76001-23-31-000-2009-00903-01(50191). Bogotá, 05 de marzo de 2020.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "A", C.P., María Adriana Marín, rad.: 25000-23-26-000-2011-01072 01(46943). Bogotá, 23 de abril de 2021.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "A", C.P., José Roberto SÁCHICA Méndez, rad.: 50001-23-31-000-2011-00158-01(63341). Bogotá, 23 de abril de 2021.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Alberto Montaña Plata, rad.: 50001-23-31-000-2006-00812-01(39626). Bogotá, 04 de junio de 2019.

privación de la libertad. El método fue explicado en decisión de **06 de febrero de 2020** así:

(...) Esta Subsección definió la metodología de análisis en Sentencia de 4 de junio de 2019²⁴. Los puntos de estudio para determinar si una medida de detención preventiva constituye una privación injusta de la libertad, según esa sentencia, son los siguientes: 1. Identificación del daño; 2. Análisis de legalidad de la medida de privación de la libertad, del cual pueden obtenerse 2 conclusiones, que la medida se haya adoptado de manera contraria a derecho, caso en el cuál se deberá afrontar el asunto desde la óptica de la falla en el servicio, o, que la medida se haya ajustada a la normatividad vigente y por ende, se cumplan los requisitos para abordar el estudio desde la responsabilidad objetiva por daño especial; 3. De acuerdo con la legalidad o ilegalidad de la medida, se indagará por la identificación de la falla en el servicio, o, por el análisis de existencia de un daño especial; 4. Sólo en caso que, por el régimen de responsabilidad adoptado, se logre atribuir responsabilidad al Estado, se identificará la entidad a la cual se imputa el daño; 5. y, finalmente, análisis de culpa de la víctima, únicamente si del estudio anterior resulta viable, hasta ese punto, la imputación al estado (...) ²⁵.

En decisiones proferidas posteriormente dentro de la misma Sub Sección²⁶ y con distintos Consejeros Ponentes, la mencionada metodología ha sido aplicada²⁷ para decidir asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado por privación de la libertad. Ejemplos más recientes ratifican lo anterior²⁸.

4.3. Posición actual del Tribunal Administrativo de Boyacá frente a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, luego de citar las sentencias de unificación proferidas tanto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a las cuales se hizo mención anteriormente, dijo en sentencia **de 29 de enero de 2020**:

(...) De conformidad con lo anterior, puede sostenerse que en los casos de reparación directa por privación injusta de la libertad, el demandante ya no está relevado de probar, que el criterio que hace injusta la privación, está determinado por la falla en el servicio en que incurrió la entidad que profirió la decisión, y además, que la falla en el servicio no está precedida de eximente de responsabilidad como el actuar de la víctima con culpa grave o dolo. Entonces, cuando en virtud de una decisión proferida por la autoridad judicial competente, un ciudadano sufre un daño antijurídico — consistente en la privación injusta de su libertad - no hay duda de que el Estado debe responder patrimonialmente siempre y cuando se demuestre la falla en el servicio (...) ²⁹.

Como se observa, para el superior funcional de este Juzgado en tratándose de responsabilidad del Estado por privación de la libertad, la parte actora tiene el deber de demostrar la falla en el servicio en la que incurrió la respectiva autoridad y, además, que esa falla no está precedida del actuar de la víctima con culpa grave o dolo.

Por otra parte, con relación a la sentencia de tutela proferida el 15 de noviembre de 2019 por la Sección Tercera del Consejo de Estado (la cual se analizó renglones arriba), el Tribunal indicó que aquella decisión no ordenó la aplicación de la responsabilidad objetiva en materia de privación de la libertad, ni restringió la aplicación del artículo 90 Superior, sino que señaló que para el caso analizado en dicha oportunidad, donde el delito resultó atípico, no podía

²⁴ Cita original: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B". Sentencia del 4 de junio del 2019. Expediente: 39.626".

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Alberto Montaña Plata, rad.: 05001-23-31-000-2002-04754-02(44819). Bogotá, 06 de febrero de 2020.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Ramiro Pazos Guerrero, rad.: 19001-23-31-000-2006-00146-01(44094 acumulados 52339 y 53812). Bogotá, 13 de febrero de 2020, dijo: "(...) Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios (...)".

²⁷ C.fr., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Martín Bermúdez Muñoz, rad.: 25000-23-26-000-2005-01478-01(43125). Bogotá, 28 de febrero de 2020.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Ramiro Pazos Guerrero, rad.: 25000-23-26-000-2007-00328-01(48946). Bogotá, 05 de marzo de 2021. Igualmente: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Martín Bermúdez Muñoz, rad.: 25000-23-26-000-2008-10524-01(46856). Bogotá, 12 de marzo de 2021.

²⁹ TAB, Sala de Decisión No. 2, M.P., Luis Ernesto Arciniegas Triana, rad.: 15001-33-33-012-2016-00049-01. Tunja, 29 de enero de 2020.

endilgarse culpa grave a la demandante pues ello vulneraba su derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la mencionada Corporación dijo en sentencias de 27 de febrero³⁰ y 23 de abril de 2020³¹, respectivamente, tras referirse igualmente a las providencias de unificación proferidas en 2018 citadas anteriormente, que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden en que en eventos de privación de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el régimen que se aplique, se debe tomar en cuenta, *"si la medida fue legal, razonable y proporcionada, esto, sin dejar de lado el análisis de la conducta del sindicado"*. En decisión de **15 de abril de 2021**, la sala de decisión No. 3 del Tribunal precisó por medio de sentencia, que confirmó decisión adoptada por este Juzgado, cuál era la tarea del Juez contencioso en estos asuntos:

(...)

79. En sentir de esta Sala de Decisión, bajo el nuevo contexto jurisprudencial el ejercicio que debe adelantar el operador judicial en los casos de privación injusta de la libertad, de cara al juicio de imputación, debe partir de la reconstrucción de los hechos que llevaron a la imposición de la medida de aseguramiento y la posterior orden de libertad y, con base en esa realidad, determinar a quién es atribuible o no, el resultado dañino desde el plano material (imputación fáctica)

(...)³².

Y, por medio de decisión de 12 de mayo de 2021, puntualizó:

(...)

19. Es decir: que en modo alguno puede establecerse una relación de automaticidad entre la preventiva privación de la libertad con posterior absolución, de un lado, y la antijuridicidad del daño, de otro; sino que ha de examinarse en el caso concreto si la actuación conducente a la privación de la libertad resulta arbitraria o injusta, lo que sólo será posible (dado que se trata de actividad jurídicamente reglada) a la luz de su cotejo con las normas que rigen su imposición.

(...)³³

Debe agregarse, que el Tribunal ha indicado también que la sentencia de tutela proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Consejo de Estado únicamente se refirió a la actuación de la víctima como causa de la detención y no avanzó a estudiar los demás apartes de la sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018. Motivo por el cual *"la sentencia de unificación será atendida para resolver el caso concreto, salvo lo concerniente a la culpa de la víctima, caso (sic) en el cual, se atenderán los parámetros plasmados en la providencia citada"*³⁴.

Por último, huelga señalar que el mencionado Tribunal en decisión **de 14 de mayo de 2020**³⁵, tras enunciar las precitadas sentencias de unificación y el fallo de 19 de noviembre de 2019, advirtió de manera categórica *"el hecho de que la citada sentencia de tutela hubiera dejado sin efectos la sentencia de unificación, de ninguna manera implicó volver al régimen de responsabilidad anterior a la misma"*.

Como colofón, indíquese que el Tribunal Administrativo de Boyacá en estos asuntos ha optado por la metodología pregonada por la Sub Sección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como se observa en las sentencias ya mencionadas emitidas el 23 de abril y 14 de mayo de 2020, respectivamente, así como otras adoptadas con posterioridad³⁶.

³⁰ TAB, Sala de Decisión No. 3, M.P., Clara Elisa Cifuentes Ortiz, rad.: 15238-33-33-752-2014-00040-01. Tunja, 27 de febrero de 2020.

³¹ TAB, Sala de Decisión No. 3, M.P., Clara Elisa Cifuentes Ortiz, rad.: 15759-33-33-002-2016-00182-01. Tunja, 23 de abril de 2020.

³² TAB, Sala de Decisión No. 3, M.P., José Ascención Fernández Osorio, rad.: 50013333003-201700049-01. Tunja, 15 de abril de 2021.

³³ TAB, Sala de Decisión No. 5, M.P., Néstor Arturo Méndez Pérez, rad.: 15001-33-33-002-2017-00051-01. Tunja, 12 de mayo de 2021.

³⁴ TAB, Sala de Decisión No. 3, M.P., Clara Elisa Cifuentes Ortiz, rad.: 15759-33-33-002-2016-00182-01. Tunja, 23 de abril de 2020. También: TAB, Sala de Decisión No. 1, M.P., Fabio Iván Afanador García, rad.: 15001 33 33 004 2015 00040 01. Tunja, 13 de octubre de 2020.

³⁵ TAB, Sala de Decisión No. 3, M.P., Félix Alberto Rodríguez Riveros, rad.: 15001-3333-014-2016-00109-01. Tunja, 14 de mayo de 2020.

³⁶TAB, Sala de Decisión No. 1, M.P., Fabio Iván Afanador García, rad.: 15001 33 33 004 2015 00040 01. Tunja, 13 de octubre de 2020; TAB, Sala de Decisión No. 3, M.P., José Ascención Fernández Osorio, rad.: 150013333003-201700049-01. Tunja, 15 de abril de 2021; TAB, Sala de Decisión No. 2, M.P., Luis Ernesto Arciniegas Triana, rad.: 150013333009-2015-00158-01. Tunja, 28 de abril de 2021.

5. De la valoración de la prueba trasladada.

Conforme con el artículo 174 del CGP las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse y valorarse en otro, y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en aquel del que proceden se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

En el presente asunto, como consecuencia de una prueba de oficio, se cuenta con el expediente penal 153223104001-2015-0033 que se adelantó en el Juzgado Penal del Circuito de Guateque - Boyacá contra el señor FREDY GARZÓN SOTO, de manera que debe entenderse que fueron trasladadas y por ende susceptibles de valoración. Esto, teniendo en cuenta que del proceso que proceden se practicaron con audiencia de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

Sea del caso aclarar que, en todo caso, el mencionado expediente fue incorporado en audiencia de pruebas desarrollada en este medio de control el 19 de marzo de 2021 (fl. 537 a 539, Doc. 53 E.D.), otorgando la oportunidad de contradicción, sin que las partes hayan formulado ninguna objeción.

Por lo anterior, el referido expediente será apreciado sin más formalidades según la norma citada.

6. El caso concreto.

6.1. De los elementos de la responsabilidad extracontractual estatal en el caso concreto.

Como quiera que este asunto se enmarca en la responsabilidad del Estado por privación de la libertad, el Despacho acudirá a la metodología pregonada por la Sub Sección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual ha sido observada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, tal como se indicó anteriormente.

6.1.1. Del daño.

El objeto de la responsabilidad es reparar daños, de manera que es el primer elemento que se debe probar. Ante su ausencia no habría responsabilidad y por tal motivo tampoco ningún fundamento para reparar. No obstante, la configuración de un daño tampoco garantiza que se deba reparar, pues para dicha conclusión deben también cumplirse los demás elementos de la responsabilidad estatal.

Para el tratadista Juan Carlos Henao el daño es concedido de la siguiente manera:

4.- Definición de daño. (...) "daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, **trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios**, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil-imputación y fundamento del deber de reparar-se encuentran reunidos"³⁷ (Negrilla fuera de texto).

En términos sucintos, de forma reciente el Consejo de Estado señaló la diferencia entre los conceptos de daño y perjuicio³⁸. Respecto al primero dijo que es la lesión en sí misma a un bien jurídicamente protegido, mientras el segundo es la consecuencia de ese daño.

En el presente asunto, según la demanda, el daño lo constituye la privación de la libertad del señor FREDY GARZÓN SOTO, por orden del Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá.

Sobre el particular, se encuentra acreditado que el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Guayatá impuso medida de aseguramiento contra el mencionado señor, por medio de decisión de 19 de agosto de 2015, dentro del proceso con número de único de investigación 153226008766-2012-00083 (E.P.³⁹). Como consecuencia, dicho ciudadano estuvo privado de la libertad desde el 18 de agosto de 2015 hasta el 26 de octubre

37 HENAO. J. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia: Revista de Derecho Privado, No. 28, 280 p. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n28/n28a10.pdf>

38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección "B", C.P., Alberto Montaña Plata, rad.: 25000-23-26-000-2007-00337-01(42176). Bogotá, 15 de noviembre de 2019.

39 Conforme se observa en el cuaderno de control de garantías, que se encuentra dentro de la carpeta denominada "expediente penal", que a su vez está dentro del anaqueil digital del proceso de la referencia.

de 2016 en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Guateque, según lo certificó el director de dicha institución (fl. 23, Doc. 02 E.D.). Se constata igualmente que el mencionado señor recuperó su libertad el 26 de octubre de 2016, en virtud de boleta de libertad 09 No. J037617 emitida en aquella fecha por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque, dentro del proceso penal objeto de demanda (E.P.⁴⁰)

Por lo expuesto, para efectos del juicio de responsabilidad, el Despacho encuentra acreditado el daño alegado por la parte actora. De esta manera se tiene que el daño es personal⁴¹, porque está demostrado que recayó sobre el referido señor. También se vislumbra que el daño es cierto⁴², pues como se observó hay certeza sobre el tiempo que el señor GARZÓN SOTO estuvo privado de la libertad.

Ahora bien, respecto a lo dicho por la Fiscalía dentro del argumento de defensa que denominó "*inexistencia del daño antijurídico*", el Despacho aclara que en este escenario tan solo corresponde verificar la existencia del daño, pues su antijuricidad⁴³ y la imputación a las demandadas se hará más adelante, conforme con la estructura actual del juicio de responsabilidad estatal por privación de la libertad.

Así las cosas, se analizará a continuación la configuración de los demás elementos de la responsabilidad estatal en asuntos como el que ocupa la atención del Juzgado.

6.1.2. Análisis de legalidad de la medida de privación de la libertad.

Según la metodología del Consejo de Estado, en esta etapa corresponde analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si aquella se ajustó o no a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad (falla del servicio), tanto en sus motivos de derecho como de hecho⁴⁴.

A pesar de lo anterior, el Juzgado estima que no puede realizarse dicho estudio por cuanto no se tiene absoluta certeza de lo sucedido en la audiencia preliminar que impuso la medida de aseguramiento al demandante. Si bien, por iniciativa de este Despacho -pues se trató de una prueba de oficio-, se trajo a este proceso el expediente penal 153223104001-2015-0033, dentro del cual están las actuaciones surtidas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá con Función de Control de Garantías, cada una de las manifestaciones de los intervinientes en dicha diligencia quedaron registradas en tres (3) micro casets, a los cuales no pudo acceder el Juzgado por falta de los insumos técnicos para tal propósito⁴⁵. Esto es, no se cuenta con ningún aparato que reproduzca su contenido o que cambie su formato para poder ser reproducido.

⁴⁰ Conforme se observa en el cuaderno No. 2, que se encuentra dentro de la carpeta denominada "*expediente penal*", que a su vez está dentro del anaquele digital del proceso de la referencia.

⁴¹ Ob., cit., HENAO, Juan Carlos. Pág. 103 y 104, indicó que el carácter personal del daño se refería a lo siguiente: "*Es así como el carácter personal del perjuicio estará presente cuando el demandante relaciona el daño padecido con los derechos que tiene sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecer una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menoscabado (...) Se puede entonces concluir, en el aspecto estudiado, que el daño es personal cuando demanda reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de una manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que ostenta el derecho para obtener la indemnización del daño es ilegal*"

⁴² Ibidem, pág. 131, se indica acerca del carácter cierto del daño: "*(...) Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio "aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual"*

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección "C", C.P., Jaime Enrique Rodríguez Navas, rad.: 27001-23-31-000-2001-01799-01(35820). Bogotá, 20 de noviembre de 2017, señaló: "*(...) Como puede advertirse, el daño incorpora dos elementos: uno, físico, material, y otro jurídico, formal. El elemento físico o material, consiste en la destrucción o el deterioro que las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, provocan en un objeto apto para satisfacer una necesidad, tal y como ocurre cuando se lesiona, por ejemplo, la relación del hombre con objetos físicos aptos para satisfacer sus necesidades, cuando se lesionan relaciones que el hombre ha trabado con otros hombres y que le son aptas para satisfacer sus necesidades, cuando se lesiona la propia corporeidad o la existencia misma del hombre, útiles como le resultan para satisfacer necesidades propias. En todos, y en cualquiera de estos casos, se habrá causado un daño en el plano fáctico, pero insuficiente per se, para la configuración del daño, en sentido jurídico.*

El segundo elemento, el elemento formal, se verifica en el plano jurídico, sí y solo sí, se acreditan los siguientes supuestos adicionales al elemento material:

(...)

Así las cosas, en orden a la reparación, no basta con la acreditación de la lesión material de un interés en el plano fáctico. Tampoco basta con la demostración de la lesión de un interés jurídicamente protegido, pues en tal caso, se habrá configurado un mero daño evento.

(...)

Reunidos los dos elementos, y acreditados los supuestos del elemento jurídico, puede decirse que se encuentra probado el daño antijurídico.

⁴⁴ C.fr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Ramiro Pazos Guerrero, rad.: 19001-23-31-000-2006-00146-01(44094 acumulados 52339 y 53812). Bogotá, 13 de febrero de 2020.

⁴⁵ En el oficio remitido del proceso penal, visible a folio 524, Doc. 47 E.D., el secretario del Juzgado Penal del Circuito de Guateque señaló: "*Se hace préstamo de tres (3) micro casets, para que pronto (sic) exista el fallo en firme, hagan la devolución de los mismo al Despacho Juzgado Penal del Circuito de Guateque, como quiera que estos hacen parte de la carpeta de control de garantías*".

Aunque se cuenta con el acta que resume lo acontecido en las audiencias preliminares llevadas a cabo ante el mencionado Juzgado el 19 de agosto de 2015, para este Despacho, su contenido es insuficiente de cara a analizar si la medida de seguridad impuesta al señor FREDY GARZÓN SOTO cumplió los criterios de razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y gradualidad, conforme lo exige la jurisprudencia vigente. Menos aun cuando el numeral 2 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004⁴⁶ señala que, en las audiencias ante el Juez de Control de Garantías, además de utilizar el medio técnico que garantiza la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos, al finalizar la diligencia se debe elaborar un acta en la que conste **únicamente** la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada.

Valga precisar que en la audiencia de pruebas llevada a cabo dentro de este proceso el 19 de marzo de 2021, antes de incorporar el referido expediente penal y con miras a garantizar el derecho de defensa, se puso de presente a las partes la imposibilidad de acceder al registro de audio que al parecer está en los 3 micro casets. No obstante, ni la parte demandante, ni la Fiscalía General de la Nación -representadas en la audiencia por sus respectivas apoderadas - se manifestaron al contrario. El apoderado de la Rama Judicial sí discutió la determinación del Juzgado, pero más allá de "*considerar que era importante escuchar las audiencias*"⁴⁷ no realizó, ni propuso ninguna actuación concreta, para garantizar la reproducción de los mencionados micro casets.

Ahora, pese a que en la audiencia de pruebas este Juzgado refirió que para los efectos pertinentes observaría las actas de las audiencias preliminares adelantadas ante el Juez de Control de Garantías, se considera que, se reitera, las mismas no dan cuenta de todas las actuaciones que pudieron desarrollarse en su interior. Menos aun cuando las audiencias -de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, transcurrieron entre las 03:05 p.m. hasta las 06:17 p.m. del referido día-según el acta-, lo cual es un tiempo considerable que no se compadece con las exiguas y escasas manifestaciones que quedaron registradas dentro del acta. No pudiendo este Juzgado, de cara al análisis del juicio de responsabilidad estatal, conformarse únicamente con los acontecimientos plasmados en el referido documento y respecto de los cuales no se tiene absoluta certeza que en verdad sucedieron.

Así pues, como quiera que no se pudo acceder al contenido de los argumentos y determinaciones adoptados en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, no puede realizarse ningún análisis sobre la misma. Por ende, como hasta este estadio no hay evidencia de ninguna actuación irregular por parte de las entidades demandadas bajo el título de imputación de falla del servicio, conforme la metodología que se sigue no habría otro camino que concluir que, ante evidencia de lo contrario, la medida de aseguramiento se ajustó a los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Sea del caso mencionar que ha similar determinación ha llegado también el Consejo de Estado en asuntos análogos al estudiado⁴⁸, cuando la parte demandante no ha aportado la audiencia de solicitud medida de aseguramiento realizada ante el Juez de Control de Garantías-que dentro de la teoría de la responsabilidad corresponde al hecho causante del daño-. Incluso, dicho Alto Tribunal ha negado las pretensiones de la demanda por esa razón⁴⁹.

Pese a lo anterior, el Juzgado estima que así se contara con los elementos para analizar la medida de aseguramiento impuesta al señor FREDY GARZÓN, e incluso se concluyera que la misma se ajustó a las previsiones legales, dicho análisis no sería estrictamente necesario en este caso. Por cuanto -como se dirá más adelante-, el contexto fáctico descrito en este proceso de reparación directa permite abordar el asunto bajo el título de imputación objetivo de daño especial. Régimen último que, conforme con su desarrollo jurisprudencial, no exige analizar ninguna conducta del agente estatal, sino que basta con demostrar el daño antijurídico con su causación imputable al Estado.

En consecuencia, de acuerdo con el parámetro de análisis que se está usando, se estudiará el presente asunto bajo el régimen de imputación objetivo de daño especial.

⁴⁶ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁴⁷ Conforme lo expuso al minuto 00:14:40 de la respectiva grabación de la audiencia de pruebas realizada el 19 de marzo de 2021.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección "A", C.P. (E) Marta Nubia Velásquez Rico, rad.: 760012331000200900560 01 (50060). Bogotá, 20 de marzo de 2020.

⁴⁹ Ibidem.

6.1.3. Del daño especial.

Según la metodología adoptada por el Consejo de Estado: "*de acuerdo con la legalidad o ilegalidad de la medida, se indagará por la identificación de la falla en el servicio, o, por el análisis de existencia de un daño especial*".

De entrada, conforme se indicó en los acápites precedentes, se destaca que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han aceptado que en eventos como los estudiados, donde hubo privación de la libertad y se precluyó la investigación o se absolvió al acusado porque **el hecho no existió**, hay lugar a analizar la responsabilidad del Estado a la luz del título de imputación objetivo de daño especial. Esto, de acuerdo con la misma Corte⁵⁰ - según se notó párrafos arriba-, porque desde el inicio de la investigación se debe tener claro si el hecho se presentó y si el mismo reviste la calificación de delito, pues tanto la Fiscalía como los jueces penales disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza esos dos presupuestos.

Recábase al respecto de la mano del Consejo de Estado, Corporación que sostuvo de forma reciente:

(...) **Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento** [privación injusta de la libertad], si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, **no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con el daño especial**, en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y **puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió** o la conducta era objetivamente atípica, eventos donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojado (...) ⁵¹ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El Tribunal Administrativo de Boyacá coincide con lo anterior, aduciendo que cuando se demande al Estado por la privación injusta de la libertad porque el proceso penal terminó debido a que el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, y no se logre demostrar falla del servicio, es factible analizar el asunto bajo el título de imputación objetivo de daño especial. Por cuanto, a su juicio, "*en ambas situaciones, la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada*"⁵².

Lo anterior para el Juzgado es comprensible, si también se tiene en cuenta que a medida que se va avanzando en el proceso penal igualmente se trasciende en el grado de conocimiento, así: **i)** a la altura de la formulación de imputación -y también de la solicitud e imposición de medida de aseguramiento- debe existir inferencia razonable que el indiciado es autor o partícipe del delito que se investiga (arts. 297 y 308 del CPP); **ii)** al momento de la acusación el grado de conocimiento debe permitir afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe (art. 336 del CPP); y **iii)** para proferir sentencia condenatoria, a la altura del juicio oral, deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda (arts. 7 y 381 del CPP).

Así pues, que no haya existido el hecho al momento de la imposición de la medida de aseguramiento, pero sí se haya privado de la libertad, permite advertir sin mucho esfuerzo que, a esa altura del proceso penal, las autoridades competentes no podían inferir razonablemente que el indiciado era autor o partícipe del delito investigado, con lo cual se constituye el daño antijurídico desde la óptica analizada. Puesto que, aun cuando las actuaciones del Estado hayan sido legítimas y legales, no resulta acorde con la igualdad de

⁵⁰ Sentencia SU-072 de 2018.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección "C", C.P., Nicolás Yepes Corrales, rad.: 150012331000-2011-00621-01 (54647). Bogotá, 06 de agosto de 2020.

⁵² TAB. Sala de Decisión No. 4, M.P., José Ascensión Fernández Osorio, rad.: 1523833330022016-00281-02. Tunja, 14 de julio de 2020. Igualmente, TAB. Sala de Decisión No. 6, M.P., Félix Alberto Rodríguez Riveros, rad.: 15238-33-33-001-2017-00211-01. Tunja, 11 de marzo de 2021.

los ciudadanos frente a las cargas públicas que se prive de la libertad a una persona sin que antes se haya podido inferir que el hecho investigado existió⁵³.

En el presente asunto, no hay ninguna duda de que el proceso penal seguido contra el señor FREDY GARZÓN SOTO, dentro del radicado 153223104001-2015-0033 y código único de investigación 153226008766**201200083**, culminó con sentencia absolutoria porque el Juez Penal del Circuito de Guateque determinó que el hecho por el cual la Fiscalía lo acusó no existió. Dicho funcionario judicial indicó en la audiencia de lectura de fallo realizada el 11 de noviembre de 2016 lo siguiente -se transcribe *in extenso* por importar al asunto-(E.P.⁵⁴):

Asunto previo: los términos de la acusación. La acusación en su aspecto formal no propiamente es un acto dechado de claridad porque en los supuestos fácticos solo se enuncia que la menor ha sido abusada sexualmente por el acusado y que éste sostuvo relaciones enmarcadas dentro de actos violentos con la víctima, **desde el año 2010 hasta el año 2011 sin precisarse en qué consistieron esas relaciones sexuales o ese abuso**. No ello sin embargo puede conllevar a la ineficacia de tal acto, cuando del contexto de la calificación jurídica que la Fiscalía le dio a los comportamientos se refiere sin mucha dificultad que se concretaron en acceso carnal a la joven, pues no de otra forma se adecuaron a delitos cuya descripción típica exige solo ese tipo de acciones, como el acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acceso carnal violento, o que involucran además dicha acción como el incesto. Así por demás lo entendieron las partes e intervinientes sin que por tanto con ello se hayan afectado derechos fundamentales, desde que ninguna objeción le hicieron al acto de acusación y en ese horizonte por demás dirigieron el debate en el juicio oral.

Problema jurídico: Debe establecer el Juzgado si de las pruebas debatidas en el juicio oral se acredita que A.M.G.S. fue accedida carnalmente por FREDY GARZÓN a finales del 2010 y durante el año 2011 cuando la afectada tenía menos de 14 años, y si tales conductas fueron cometidas por el acusado haciendo un uso de la fuerza. De ser así, si este es responsable penalmente.

Supuestos jurídicos

(...)

Los delitos por los que se acusa los describe la Ley penal así: artículo 205, acceso carnal violento (...), artículo 208, acceso carnal abusivo con menor de 14 años (...), artículo 211, circunstancias de agravación punitiva (...), artículo 237, incesto.

(...)

Como se consignó aparte atrás, la conducta que se reprocha al actor es haber realizado sobre la víctima menor acceso carnal, no solo violento sino abusivo dada la edad de la afectada.

La materialidad de la infracción: En el debate se ha probado que en el año 2011, cuando habría sido el último acto delictivo, como lo revela la acusación, A.M.G.S. tenía máximo 13 años de edad por haber nacido el 24 de agosto de 1998 (...). **La víctima negó en el juicio cualquier abuso sexual por parte del acusado. Con el resto del caudal probatorio se podría desvirtuar, sin mucha dificultad, la mendacidad de la víctima; no obstante, no ahondaremos en tal análisis por innecesario, atendiendo a que la Fiscalía enmarcó en la acusación la ocurrencia de los hechos a finales del año 2010 y en el año 2011, espacio temporal sobre el que ninguna prueba existe en el proceso.** Veamos:

Bien como lo arguye en sus alegatos el agente del Ministerio Público, de la precaria versión rendida por la víctima ante la psiquiatra Carolina María Trisancho Corredor, se extracta que Fredy Garzón Soto habría accedido carnalmente a la menor, lo que se colige de las expresiones "ellos me violaron", aludiendo entre otros a Fredy Garzón; "un día mi mamá abuela lo vio cuando él me violaba", refiriéndose al mismo actor. **Pero del contexto de tales relatos no se advierte que los hechos hubieren ocurrido en el espacio temporal señalado por la Fiscalía en la acusación, esto es a finales del año 2010 y el año 2011.** Resáltese al efecto, que muy a pesar que (sic) la psiquiatra dice haber fundamentado su dictamen, además en la entrevista rendida por la menor el 18 de noviembre de 2011, se desconoce su contenido por cuanto dicha entrevista no fue incorporada a la actuación, ni aun con el informe psiquiátrico. A parte de la versión rendida por la víctima ante la psiquiatra Crisancho Corredor, la única fuente probatoria que existe sobre los hechos es la entrevista rendida por la menor el 17 de septiembre de 2012, ante Catherine Aguilera Aperador, comisaria de familia de Garagoa,

⁵³ Con relación al daño especial, la doctrina ha dicho: M'CAUSALAND S. María Cecilia. Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En la Responsabilidad Extracontractual del Estado, ¿qué?, ¿por qué?, ¿hasta dónde? XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. Pág. 186: "(...) El régimen de daño especial se configura, entonces, **cuando existe una actuación lícita del Estado que, a pesar de ser desarrollada en interés público, esto es, en beneficio de la generalidad, causa un daño grave a una persona o a un grupo de personas que rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas (...)**".

⁵⁴ Conforme se observa en el cuaderno No. 2, que se encuentra dentro de la carpeta denominada "expediente penal", que a su vez está dentro del anaquele digital del proceso de la referencia.

incorporada con el testimonio de la menor víctima. No obstante, **al revisar tal elemento de convicción, si bien la menor relata el historial de los vejámenes cometidos contra ella por el acusado**, como cuando en el año 2004 la desnudó y la metió debajo de las cobijas, o como en el año 2007 la acostó en el piso echándole aceite en la vagina hasta obtener él la eyaculación, **es claro que de tales hechos no se puede inferir acceso carnal alguno, ni tampoco dichos eventos sucedieron a finales de 2010, o en el año 2011 como se consigna en la acusación.** Dentro de la misma entrevista, manifiesta la menor que conmigo fueron muchas veces como hasta el año 2010, a finales del año, porque en el 2011 yo ya estaba viviendo con mi tía, en clara referencia a los vejámenes sexuales de que era víctima por parte de sus tíos, entre ellos Fredy Garzón. **Pero nótese que no del contexto de este último relato de la menor se puede colegir que la conducta del acusado haya sido la de acceder carnalmente a la víctima, a parte que resulta en abierta oposición a los hechos consignados en la acusación, pues contrario a ésta, la menor manifiesta que los hechos ocurrieron hasta finales de 2010.** El contenido probatorio indica entonces que la menor fue objeto de abusos sexuales por parte del acusado en diferentes épocas hasta el año 2010, pero no de tal contexto probatorio se acredita que en este año hubiese sido accedida carnalmente como se acusó. Nótese que la Fiscalía no precisa en sus alegatos de dónde infiere que la infante fue accedida carnalmente por el implicado a finales de 2010 o en el 2011, muy por el contrario, a lo largo de su intervención, alude a abusos sexuales, actividad sexual, situaciones lívidas e incluso trae a colación hechos nuevos no concretados en la acusación, como que sucedieron en agosto u octubre de 2010, procurando evidentemente el acusador enderezar, argumentativamente, equívocos fácticos del pliego de cargos, cuando no es de lo probado en el juicio, sino de los hechos consignados en la acusación de donde se predica la congruencia del fallo. **Resáltese sobre el mismo aspecto que la Fiscalía en sus alegatos deriva la existencia del hecho de lo que dice expuso la menor víctima a la psicóloga Ángela Carolina Chávez Muñoz, en cuanto había sido accedida carnalmente por el acusado cuando éste gozaba de un permiso para la época que prestaba servicio militar, argumento que parte de una premisa falsa porque ni en el informe, ni en la declaración en el juicio, dijo la psicóloga Chávez Muñoz haber escuchado tal relato de la menor.** Tanto así sería que cuando la víctima negó en el juicio haber sido objeto de abusos sexuales por parte de Fredy Garzón, en ningún momento fue confrontada con la susodicha entrevista. Ahora, adujo la misma psicóloga en el juicio que encontró en la menor síntomas de baja autoestima y consumo de alucinógenos; no obstante, sin que en parte alguna en su informe o su declaración aduzca que tales secuelas tienen su origen en un abuso sexual. Diferente a ello, contextualiza tales secuelas en problemas de índole familiar y escolar de la menor (...). Véase por demás que no tampoco la experticia de la profesional era el medio probatorio idóneo para acreditar el abuso sexual del que fue víctima la joven, en tanto no era de competencia de la psicóloga dictaminar propiamente sobre los efectos que pudo producir a la infante un hecho como ese, sino conceptuar sobre sus condiciones y entorno familiar en aras de redireccionar sus derechos (...). De manera que, desde ningún punto de vista, como lo considera la Fiscalía, se puede derivar la existencia del hecho y menos la responsabilidad del procesado del dictamen psicosocial emitido por Ángela Chávez Muñoz. Conforme a lo que se ha expuesto, **en el presente caso existe absoluta ausencia de prueba de los supuestos fácticos por los que se acusó a Fredy Garzón Soto, razón por la que, sin lugar a dudas, el Despacho dispondrá su absolución.** (Minuto 00:15:29 a 00:31:17 audiencia de lectura de fallo⁵⁵) (Negrilla y subrayado del Despacho)

Así pues, según el juez natural de la causa penal, **los hechos por los cuales se acusó** al señor FREDY GARZÓN SOTO carecían de absoluta prueba dentro del procedimiento seguido en su contra. Conclusión que, para los efectos de este proceso de responsabilidad estatal, **también se extiende a los hechos que sirvieron de base para realizar la formulación de imputación y, en consecuencia, solicitar y dictar la medida de aseguramiento.** Pues, el principio de coherencia dentro del proceso penal implica, entre otras, que el elemento fáctico que sirvió de fundamento para realizar la formulación de imputación no puede variarse -más sí enriquecerse- en las etapas subsiguientes del procedimiento penal. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el particular:

«[...] la Sala más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, **ha hecho énfasis en el principio de coherencia a fin que (sic) a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos** (CSJ SP 8 jul 2009 rad. 31280, SP 1º feb. 2012, rad. 36907, entre otras).

Y es que esa precisión que se exige de la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que

⁵⁵ Conforme se observa en el cuaderno No. 2, que se encuentra dentro de la carpeta denominada "expediente penal", que a su vez está dentro del anaquele digital del proceso de la referencia.

aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

Cuando surgen nuevas arista (sic) fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico⁵⁶ (Negrilla fuera de texto).

En este asunto, aun cuando no se pudo acceder al registro de audio de la audiencia que impuso medida de aseguramiento al señor FREDY GARZÓN, a la luz del principio de coherencia en el proceso penal, es factible sostener que los fundamentos fácticos de dicha etapa y de la formulación de imputación fueron los mismos que los indicados por la Fiscalía en la acusación. Luego, si el Juez Penal determinó la inexistencia de los hechos por los cuales se acusó, se puede sostener de forma lógica que los presupuestos fácticos que conllevaron a la privación de la libertad del referido señor fueron igualmente inexistentes dentro del proceso. Por ende, sin más disquisiciones, se concluye que el daño causado -en principio- tiene la connotación de antijurídico, ya que el procesado no estaba obligado a soportar la privación de su libertad en tanto que, para ese momento, los supuestos fácticos investigados no existían y por ende no podía inferirse razonablemente su autoría o participación en el delito investigado.

El Consejo de Estado ha llegado a similar raciocinio de forma reciente, así:

33. La Sala evidencia que **el demandante Luis Alberto Puerta Villa no estaba llamado a soportar la privación de su libertad, toda vez que**, el ente investigador advirtió que había lugar a precluir la investigación iniciada en su contra por el delito de de (sic) fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones, porque el testimonio que presenció los hechos desvirtuó las afirmaciones de los miembros que efectuaron la captura, al determinar que el procesado no poseía un arma de fuego y, por lo tanto, **la circunstancia indagada no existió.**⁵⁷

Por lo anterior, **hasta este momento**, en el asunto bajo estudio le correspondería al Estado reparar el daño antijurídico causado. Bajo esa perspectiva, a continuación, se indagará la entidad a la cual se le imputa el daño.

6.1.4. Imputación del daño.

Siguiendo con la metodología en comento, corresponde ahora determinar la entidad demandada a la cuál se le imputa el daño.

Para el efecto, lo primero que debe decirse es que la imputación como elemento de la responsabilidad estatal se analiza desde 2 esferas: **i)** desde el ámbito fáctico –conocida como "*imputatio facti*" y **ii)** desde el ámbito jurídico –denominada "*imputatio iuris*".

En lo que refiere a la **imputación fáctica**, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que con ella "*se determina, identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante)*"⁵⁸. En otras palabras, "*la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto*"⁵⁹.

Sumado a lo anterior, debe precisarse que en la **imputación fáctica** es donde cobra relevancia el estudio del **nexo de causalidad** –causalidad jurídica–, que permite atribuir el

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, número de providencia SP5543-2015, radicado 43211. Bogotá, 29 de abril de 2015.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", C.P., Ramiro Pazos Guerrero, rad.: 08001-23-31-000-2010-00773-01(52296). Bogotá, 19 de febrero de 2021.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590)

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P., Enrique Gil Botero, rad.: 66001-23-31-000-1998-00569-01(19385). Bogotá, 09 de junio de 2010.

resultado lesivo a la conducta del agente estatal. En cuanto a la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, el Órgano de Cierre de esta jurisdicción ha indicado⁶⁰:

(...) Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991⁶¹, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo⁶², la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada. Dicho en otros términos, **la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.**

En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños⁶³, el concepto filosófico de causa⁶⁴, toda vez que en esta parte del universo del Derecho **dicha noción no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas**, o sea de la relación de fundamento a consecuencia⁶⁵. (Negrita fuera de texto).

Respecto a las teorías aplicadas con relación a la causalidad, el Consejo de Estado⁶⁶ reiteró el criterio definido anteriormente⁶⁷ señalando que:

El elemento de responsabilidad "**nexo causal**" se entiende como la **relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada** y probada o presumida, según el caso, **con el daño demostrado o presumido**. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si **aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico**. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto **dos teorías: la equivalencia de las condiciones** que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de **causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o**

⁶⁰Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Exp: 66001233100020030074801 (34.796)

⁶¹Cita original: "La complejidad del asunto traído a colación quedó puesta de presente, por vía de ejemplo, con ocasión de la aprobación del siguiente pronunciamiento por parte de esta Sala: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación número: 76001-23-25-000- 1996-02792-01(16898). En aquella oportunidad, la posición mayoritaria de la Sala se inclinó por señalar que lo procedente de cara a llevar a cabo '...el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado' es acometer dicha tarea ...a través de la siguiente estructura conceptual: 1º) daño antijurídico, 2º) hecho dañoso, 3º) causalidad, y 4º) imputación'. Empero, frente a la anotada postura, el Magistrado Enrique Gil Botero optó por aclarar su voto por entender que la comprensión que se viene de referir desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, 0) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico"

⁶²Cita original: "De hecho, en el pronunciamiento que acaba de referenciarse —nota a pie de página anterior—, a pesar de la claridad en torno al título jurídico de imputación aplicable al asunto de marras —riesgo excepcional derivado del funcionamiento de redes eléctricas y de alto voltaje—, las súplicas de la demanda fueron desestimadas porque desde el punto de vista de la causalidad, esto es, desde una perspectiva eminentemente naturalística, fenomenológica, el actor no consiguió demostrar el acaecimiento del suceso que atribuía a la entidad demandada —una sobrecarga eléctrica— y con fundamento en el cual pretendía que se atribuyese responsabilidad indemnizatoria a ésta última como consecuencia del advenimiento de los daños que —esos sí— fueron cabalmente acreditados dentro del plenario. Y adviértase que en relación con el sentido de la decisión —y, por tanto, en relación con esta manera de razonar— no hizo explícito, en la también referida aclaración de voto, su desacuerdo el H. Consejero de Estado que la rubricó"

⁶³Cita original: "Se hace la delimitación acerca del campo jurídico (Derecho de Daños) en el cual se examinará el concepto de causa para que el análisis correspondiente no se extienda, de manera equivocada, a otros terrenos como el Derecho de las Obligaciones o el de los Contratos, en los cuales su sentido y alcance resultan diferentes por completo, tal como lo refleja, entre otros, el artículo 1524 del Código Civil según cuyo inciso segundo "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

⁶⁴Cita original: "Tarea que acomete, con singular fortuna, Isidoro GOLDENGERG, en su obra *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª edición ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2.000, especialmente en pp. 8-12".

⁶⁵Cita original: "El énfasis ha sido efectuado en el texto original. Cfr. ENNECCERUS, LUDWIG-LEHMANN, HEINRICH, *Derecho de las obligaciones*, 11ª edición, traducción de B., Pérez González y 1, Alguer, Barcelona, Bosch, 1948, citado por GOLDENGERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 10. Por la misma senda marchan los planteamientos de Adriano DE CUPIS, quien no obstante considerar operativo el tema de la relación de causalidad al interior del análisis jurídico, estima existente la que denomina "causalidad jurídica" misma, que a su entender "no es más que un corolario del principio enunciado por nosotros, según el cual, el contenido del daño se determina con criterios autónomos [en el ámbito jurídico]. Debemos preocuparnos de averiguar no ya cuándo el daño pueda decirse producido por un hecho humano según las leyes de la naturaleza, sino más bien cuándo ese daño pueda decirse jurídicamente producido por un hecho humano" (énfasis en el texto original). Cfr. DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª edición italiana por A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 248. [cita del original]"

⁶⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Exp: 54001233100019980032001(41330).

⁶⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Exp: 05001232400019930028801 (13818).

fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues “partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. Y sobre la teoría de la **causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce.** De estas teorías **en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito**⁶⁸. (Negrita fuera de texto).

Por otra parte, en lo que se refiere a **la imputación jurídica**, la Sección Tercera de la Corporación manifiesta que en ésta “se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: *falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional*)”⁶⁹.

De manera que la imputación jurídica, es “un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios”⁷⁰, que fueren ocasionados a partir de su culpa –falla del servicio-, de la concreción de un riesgo excepcional, o de la acusación de un daño anormal y grave que rompe el equilibrio de las cargas públicas -daño especial-.

Así pues, teniendo claro que la imputación es un elemento de la responsabilidad estatal que debe demostrarse con independencia del régimen bajo el cual se analice el caso (art. 90 de la Constitución Política de Colombia), a continuación, se indicarán los hechos probados en este asunto hasta que el señor FREDY GARZÓN SOTO fue privado de la libertad, en tanto es el daño antijurídico del cual se demanda reparación.

Se tiene entonces demostrado al interior de este asunto -para efectos de la imputación- que:

- La psicóloga Ángela Medina, profesional vinculada para dicha época al colegio nacional Enrique Olaya Herrera de Guateque, realizó entrevista el 18 de octubre de 2011 a la niña A.M.G.S. quien dijo, entre otras, que había sido abusada sexualmente por sus tíos -entre ellos el señor FREDY GARZÓN SOTO- (fls. 163 a 166, Doc. 37 E.D.)
- La señora comisaria de familia de Guateque presentó denuncia penal el 07 de noviembre de 2011 ante el Fiscal Treinta y Cinco Seccional de Garagoa contra los señores GERMÁN GARZÓN SOTO, YEISON HELBER GARZÓN SOTO y FREDY GARZÓN SOTO, por supuestamente cometer el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, siendo víctima la menor A.M.G.S. de 13 años de edad (fls. 157 a 158, Doc. 37 E.D.). Entre otras cosas dijo que “la doctora ANGELA MEDINA psicóloga del Colegio Nacional Enrique Olaya Herrera de este municipio (...) me reporta por escrito el caso de la alumna **A.M.G.S.** (...) quien después de una entrevista le comento (sic) que desde los 6 meses de edad vive con la abuela materna de nombre MERCEDES SOTO ULLOA y tres tíos de nombre FREDY GARZÓN SOTO (...) y según versión de la niña desde que ella tiene 8 años de edad sus tres tíos abusan sexualmente de ella y la maltratan verbalmente, amenazándola para que no cuente nada (...)”.
- Como consecuencia, la Fiscalía General de la Nación radicó la denuncia el 23 de noviembre de 2011, dentro del código único de investigación 152996001266**201100030** (fls. 154 a 156, Doc. 37 E.D.).
- La Fiscalía 35 seccional de Garagoa, por medio de oficio de 11 de mayo de 2012, dentro del código único de investigación 152996001266**201100030**, remitió documentos a la Fiscalía 29 seccional de Guateque “a fin de que se investigue la posible responsabilidad del señor FREDY GARZÓN SOTO, según hechos donde aparece como víctima la menor A.M.G.S.”. Según aquel oficio, anexó cuadernillo con 18 folios (fl. 153, Doc. 37 E.D.).
- La Fiscalía 29 Seccional de Guateque, mediante oficio de 25 de octubre de 2012, solicitó al jefe de la unidad investigativa del C.T.I. que designara investigador para la

⁶⁸ Sentencia proferida el día 25 de julio de 2002. Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 13.680.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

⁷⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. Int: 18274.

elaboración del programa metodológico dentro de la noticia criminal No. 153226008766**201200083**, por el delito de acceso carnal con menor de 14 años (fl. 172, Doc. 37 E.D.).

- La Fiscalía 29 Seccional de Guateque, a través de documento impreso el 09 de noviembre de 2012, elaboró programa metodológico dentro del código único de investigación 153226008766**201200083**. Dentro del acápite de hechos de aquel documento consignó: "*se inicia por compulsión de copias que hiciera la fiscalía treinta y cinco seccional de Garagoa, por el delito de acceso carnal con menor de 14 años en contra de Fredy Garzón Soto, siendo víctima la menor A.M.G.S.*" (fls. 173 y 174, Doc. 37 E.D.).
- La Fiscalía 29 Seccional de Guateque, por medio de documento de 07 de noviembre de 2012, expidió órdenes a policía judicial dentro del código único de investigación 153226008766**201200083** (fls. 175 y 176, Doc. 37 E.D.).
- El funcionario de la policía judicial rindió informe de investigador de campo el 12 de diciembre de 2012, ante la Fiscalía 29 Seccional de Guateque dentro del código único de investigación 153226008766**201200083** (fls. 177 a 181, Doc. 37 E.D.).
- La Fiscalía 29 Seccional de Guateque, a través de documento de 15 de agosto de 2013, expidió órdenes a policía judicial dentro del código único de investigación 153226008766**201200083**, relacionadas con recolectar valoraciones psiquiátricas y psicológicas efectuadas a algunas menores dentro del proceso 153226008766-2011-80022 adelantado por la Fiscalía 35 Seccional de Infancia y Adolescencia de Garagoa (fls. 235 a 236, Doc. 37 E.D.).
- La Fiscalía 29 Seccional de Guateque, a través de documento de 08 de julio de 2014, expidió órdenes a policía judicial dentro del código único de investigación 153226008766**201200083** (fls. 325 y 326, Doc. 37 E.D.).
- La Fiscalía 29 Seccional de Guateque, a través de documento de 14 de julio de 2015, solicitó audiencia preliminar de orden de captura contra Fredy Garzón Soto, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, dentro del código único de investigación 153226008766**201200083** (fls. 357 a 359, Doc. 37 E.D.).
- El Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá con función de garantías, dentro del código único de investigación 153226008766**201200083**, realizó el 05 de agosto de 2015 audiencia reservada de solicitud de orden de captura contra Fredy Garzón Soto (fls. 394 a 396, Doc. 37 E.D.).
- El señor Fredy Garzón Soto fue capturado el 18 de agosto de 2015, dentro del código único de investigación 153226008766**201200083** (fls. 376 y 377, Doc. 37 E.D.).
- El Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá con función de garantías, dentro del código único de investigación 153226008766**201200083**, realizó el 19 de agosto de 2015 audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento. Para lo que importa al asunto, está demostrado que en dicha diligencia se accedió a la solicitud y se impuso medida de aseguramiento al señor Fredy Garzón Soto (fls. 400 a 411, Doc. 37 E.D.).

La anterior deconstrucción fáctica permite advertir que, desde el punto de vista causal, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial tuvieron injerencia en la causación del daño. Desde luego, cada una desde el marco de las funciones que Constitucional y Legalmente les corresponde.

Recuérdese que el acto legislativo No. 3 de 2002, que modificó entre otros el artículo 250 de la Constitución Nacional, implementó dentro del ordenamiento jurídico un sistema penal de tendencia acusatoria⁷¹. El artículo 250 enunciado, entre otras, dispuso que **la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revisten las características de un delito** que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias.

En el plano legal, debe indicarse que de acuerdo con el artículo 306 de la Ley 909 de 2004 le corresponde a la Fiscalía General de la Nación solicitar al juez de control de garantías la

⁷¹ C.fr., sentencia C-873 de 2003.

imposición de medida de aseguramiento y para tal fin debe precisar: la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Luego de lo anterior, **el juez de control de garantías**, a petición del órgano persecutor, **debe** decretar la medida de aseguramiento **cuando se cumplan los siguientes presupuestos** consagrados en el artículo 308 ibidem:

Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento **cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga**, siempre y cuando se cumpla **alguno** de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Por importar al caso, es pertinente precisar también que el numeral primero del artículo 198 de la Ley 1098 de 2006 indica que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes **"Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004"**.

Conforme con lo anterior, es claro que corresponde a la Fiscalía General de la Nación solicitar la imposición de medida de aseguramiento, mientras que al Juez de Control de Garantías le compete decretarla siempre que se cumplan con los presupuestos indicados en el artículo 308 del CPP. No se trata de una actuación automática en que después de presentada la solicitud de medida por parte del ente persecutor, no quede más camino para el Juez de Garantías que decretarla.

Debe resaltarse que, dentro del procedimiento penal con tendencia acusatoria, el Juez de Control de Garantías fue instituido, precisamente, para preservar todas las garantías y derechos fundamentales que puedan afectarse a las personas en ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Dicho funcionario no es un convidado de piedra dentro del proceso penal, menos aun cuando de la restricción de la libertad se trata. El Tribunal Administrativo de Boyacá lo argumentó así de forma relativamente reciente:

(...)

Nótese que el juez de control de garantías en ningún momento ponderó el interés estatal de persecución del delito con los derechos y garantías que podían ser afectados, se limitó a hacer una cita de los artículos del Código de Procedimiento Legal relacionados con la medida de aseguramiento y a redundar en los argumentos expuestos por el fiscal, se insiste, **sin valorar ni siquiera la prueba presentada por la Fiscalía y los argumentos esbozados por la defensa.**

Esto, en concordancia con que una de sus funciones es proteger los derechos humanos de los indiciados y demás intervinientes en la actuación; ponderar ex ante o ex post la legitimidad de las intromisiones de las autoridades en los derechos fundamentales y determinar si los actos de parte se adecúan al ordenamiento superior.

En otros términos, el juez de control de garantías, además de procurar un punto de equilibrio entre los derechos de las personas, es un juez constitucional por excelencia que debe ponderar y armonizar los derechos en conflicto como son los de la libertad y eficacia de la investigación penal. Por ello, debía hacer prevalecer el derecho sustancial "teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia" (artículo 10 de la Ley 906 de 2004).

Y es que también era su deber analizar **directamente** las pruebas y, si consideraba necesario, decretar pruebas de oficio, a petición de parte o solicitarle a la fiscalía que hiciera las aclaraciones pertinentes o que suministrara datos requeridos para probar cada uno de

los requisitos impuestos por la norma de procedimiento penal (...) ⁷² (Subrayado fuera de texto).

Ahora, aunque el artículo 198 de la Ley 1098 de 2006 indica que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes la medida de aseguramiento debe consistir en detención en establecimiento carcelario, conforme con la misma norma, dicha opción se revela al Juez de Control de Garantías *"si hubiere mérito para proferir la medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004"*. Por lo cual, siempre que se encuentren reunidos los requisitos para decretar la medida de aseguramiento señalados en el CPP, a la luz del mencionado artículo, aquella que debe imponer el Juez de Garantías no tiene que ser otra diferente a la medida privativa de la libertad en centro carcelario, por expresa disposición del legislador.

Así pues, conforme con las competencias de cada entidad, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial tienen injerencia causal en torno a la solicitud e imposición de una medida de aseguramiento. Precisamente ello se observa en este asunto, donde la Fiscalía 29 Seccional de Guateque solicitó medida de aseguramiento contra el señor FREDY GARZÓN SOTO y el Juzgado Promiscuo Municipal de Guayatá con Funciones de Control de Garantías accedió a la misma. Por ende, a juicio del Despacho, la imputación del daño causado a los demandantes está en cabeza de cada una de las entidades demandadas dentro de este proceso.

Resáltese que en este asunto no puede determinarse el grado de responsabilidad de las entidades demandadas, porque: **i)** este caso se analizó bajo la óptica del título de imputación objetivo de daño especial, dentro del cual no había lugar a estudiar el contenido obligacional ni su grado de cumplimiento por parte de cada una; y **ii)** debido a que no se tiene certeza de todos y cada uno de los acontecimientos sucedidos dentro de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, conforme se expuso párrafos arriba.

Con todo, la tendencia actual del Consejo de Estado en estos casos, cuando el proceso penal ha sido llevado bajo los cauces de la Ley 906 de 2004, ha sido abordar la imputación desde la concausalidad *"en la medida en que la prosperidad de la solicitud formulada por la Fiscalía depende de la decisión del juez y a su vez, el juez no está facultado para imponer medida restrictiva de la libertad si no ha mediado solicitud del fiscal. Entendiéndose como "un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del juez de garantías"* ⁷³

Criterio replicado por el superior funcional de este Juzgado así:

(...)

La Sala encuentra que en vigencia de la Ley 906 de 2004, la competencia para restringir la libertad del procesado radica en cabeza del juez con funciones de control de garantías; no obstante, el fiscal es la autoridad que solicita la imposición de la medida de aseguramiento, soportado en los elementos de conocimiento que sustenten la necesidad de la medida y su urgencia.

El Consejo de Estado ha considerado al respecto, que bajo la estructura del sistema penal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, el elemento imputación en la responsabilidad administrativa por privación injusta de la libertad, debe abordarse desde la concausalidad en la medida en que la prosperidad de la solicitud formulada por la Fiscalía depende de la decisión del juez y a su vez, el juez no está facultado para imponer medida restrictiva de la libertad si no ha mediado solicitud del fiscal.

(...)

En consecuencia, es posible concluir la responsabilidad tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama Judicial en la privación de la libertad soportada por Edilbrando Yecid Piñeros Medina, por ende, dada la concurrencia en la causación del daño, se atribuirá un porcentaje del 50% para cada una de las entidades demandadas (...) ⁷⁴.

En últimas, en el caso bajo análisis, desde el plano fáctico y jurídico, el daño resulta imputable solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, **sin perjuicio de las siguientes consideraciones.**

⁷² TAB. Sala de Decisión No. 3, M.P., Clara Elisa Cifuentes Ortiz, rad.: 15759-33-33-002-2016-00182-01. Tunja, 23 de abril de 2020.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección "B", C.P., Ramiro Pazos Guerrero, rad.: 20001-23-31-000-2010-00323-01 (47603). Bogotá, 18 de octubre de 2018.

⁷⁴ TAB. Sala de Decisión No. 5, M.P., Oscar Alfonso Granados Naranjo, rad.: 15001-33-33-007-2017-00016-01. Tunja, 12 de agosto de 2020.

6.1.5. Análisis de la culpa de la víctima.

El último ítem de la metodología utilizada consiste en analizar la culpa de la víctima dentro de este proceso -es decir el señor FREDY GARZÓN SOTO-, respecto del daño causado. Con relación a dicho aspecto, se debe recordar que el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 indica que *"El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley"*. Si se demuestra, **se exonerará de responsabilidad al Estado**.

Por su parte, el numeral 1 del artículo 67 ibidem señala que en casos de privación injusta de la libertad no es obligatorio interponer los recursos de Ley contra la respectiva decisión.

La lectura integral de las antedichas normas permite sostener que si bien, en asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, la culpa exclusiva de la víctima se configura cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, dicho reproche subjetivo no se presenta únicamente ante la omisión de interponer los recursos de Ley.

Valga decir que la Corte Constitucional analizó el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 por medio de la sentencia C-037 de 1996, encontrándolo ajustado a la Constitución Política de Colombia por los siguientes argumentos:

Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados.

Por lo demás, la norma bajo examen **es un corolario del principio general del derecho, según el cual 'nadie puede sacar provecho de su propia culpa'**. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, la tendencia actual en la jurisprudencia emanada de esta Jurisdicción-especialmente a partir del fallo de tutela que dejó sin efectos la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en 2018, conforme se dijo párrafos arriba⁷⁵- es que el análisis de la culpa de la víctima debe circunscribirse al ámbito del proceso penal, pues la conducta *"pre-procesal"* es competencia del respectivo juez penal. Por ende, ese será el marco que guiará los párrafos siguientes de esta decisión, con lo cual se salvaguarda la presunción de inocencia del señor FREDY GARZÓN SOTO.

Así pues, se estima conveniente referirse a las consideraciones del Juez Penal de Conocimiento realizadas el 11 de noviembre de 2016 en la audiencia de lectura de fallo sobre las pruebas incorporadas en el juicio oral:

(...)

La materialidad de la infracción:

(...)

Bien como lo arguye en sus alegatos el agente del Ministerio Público, de la precaria versión rendida por la víctima ante la psiquiatra Carolina María Tristancho Corredor, se extracta **que Fredy Garzón Soto habría accedido carnalmente a la menor, lo que se colige de las expresiones "ellos me violaron", aludiendo entre otros a Fredy Garzón; "un día mi mamá abuela lo vio cuando él me violaba", refiriéndose al mismo actor.** Pero del contexto de tales relatos no se advierte que los hechos hubieran ocurrido en el espacio temporal señalado por la Fiscalía en la acusación, esto es a finales del año 2010 y el año 2011. Resáltese al efecto, que muy a pesar que (sic) la psiquiatra dice haber fundamentado su dictamen, además en la entrevista rendida por la menor el 18 de noviembre de 2011, se desconoce su contenido por cuanto dicha entrevista no fue incorporada a la actuación, ni aun con el informe psiquiátrico. A parte de la versión rendida por la víctima ante la psiquiatra Cristancho Corredor, la única fuente probatoria que existe sobre los hechos es la entrevista rendida por la menor el 17 de septiembre de 2012, ante Catherine Aguilera Aperador, comisaria de familia de Garagoa,

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sub sección "B", C.P., Martín Bermúdez Muñoz, rad.: 11001-03-15-000-2019-00169-01. Bogotá, 15 de noviembre de 2019.

incorporada con el testimonio de la menor víctima. No obstante, **al revisar tal elemento de convicción, si bien la menor relata el historial de los vejámenes cometidos contra ella por el acusado, como cuando en el año 2004 la desnudó y la metió debajo de las cobijas, o como en el año 2007 la acostó en el piso echándole aceite en la vagina hasta obtener él la eyaculación, es claro que de tales hechos no se puede inferir acceso carnal alguno, ni tampoco dichos eventos sucedieron a finales de 2010, o en el año 2011 como se consigna en la acusación.** Dentro de la misma entrevista, manifiesta la menor que conmigo fueron muchas veces como hasta el año 2010, a finales del año, porque en el 2011 yo ya estaba viviendo con mi tía, **en clara referencia a los vejámenes sexuales de que era víctima por parte de sus tíos, entre ellos Fredy Garzón.** Pero nótese que no del contexto de este último relato de la menor se puede colegir que la conducta del acusado haya sido la de acceder carnalmente a la víctima, a parte que resulta en abierta oposición a los hechos consignados en la acusación, pues contrario a ésta, la menor manifiesta que los hechos ocurrieron hasta finales de 2010. **El contenido probatorio indica entonces que la menor fue objeto de abusos sexuales por parte del acusado en diferentes épocas hasta el año 2010, pero no de tal contexto probatorio se acredita que en este año hubiese sido accedida carnalmente como se acusó** (...) (Minuto 00:18:30 a 00:27:17 audiencia de lectura de fallo⁷⁶) (Negrilla y subrayado del Despacho)

Como se observa, en criterio del juez natural de la causa penal, se descartó que el señor FREDY GARZÓN hubiese realizado las actuaciones fácticas descritas por la Fiscalía a lo largo del proceso punitivo, esto es que él había accedido carnalmente a la menor A.M.G.S. a finales de 2010 y en el año 2011. Sin embargo, el mismo fallador, a partir de las pruebas incorporadas al proceso penal, **coligió que el mencionado ciudadano sí había cometido abusos sexuales contra la menor víctima, en diferentes épocas hasta el año 2010.**

En palabras más sencillas: el juez penal concluyó que durante finales de 2010 y en el año 2011 el señor FREDY GARZÓN no había accedido carnalmente a la menor A.M.G.S., como lo sostuvo la Fiscalía desde la formulación de imputación, más dicho funcionario judicial sí encontró demostrado que la víctima fue abusada sexualmente por el referido ciudadano en diferentes oportunidades antes de 2010.

Así, cuando se absolvió al referido ciudadano bajo la consideración de que el hecho no existió, ello se predica única y exclusivamente respecto del acontecer fáctico **descrito por el ente acusador en dicho proceso penal**, esto es en la formulación de imputación y en la acusación, más no se extiende a los hechos que dieron origen al procedimiento penal.

Y es que para este Juzgado es comprensible dicha actuación, esto es que el límite temporal investigado por la Fiscalía en este proceso haya partido desde el año 2010, por cuanto, según está demostrado en este medio de control, el señor FREDY GARZÓN SOTO cumplió la mayoría de edad el 10 de enero de dicha anualidad (fl. 336, Doc. 37 E.D.). De manera que, los hechos sucedidos antes de dicha circunstancia, por mandato del artículo 139 de la Ley 1098 de 2006⁷⁷, correspondía llevarlo a cabo bajo el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Tan así que el proceso penal en estudio, en estricto sentido, no se originó directamente de la denuncia interpuesta el 07 de noviembre de 2011 por la Comisaria de Familia de Guatemala. Sino que, conforme se observó renglones arriba, derivó de la compulsión de copias realizada por la Fiscalía 35 Seccional de Garagoa el 11 de mayo de 2012 (fl. 149 a 171, Doc. 37 E.D.), dentro del proceso 152996001266201100030, de las cuales se infiere estaban siendo investigados los abusos sexuales cometidos antes de 2010 por el señor FREDY GARZÓN SOTO contra la menor A.M.G.S., pues para esa época él era menor de edad.

Para este Juzgado, a efectos de precisar la conducta de la víctima frente al daño reclamado, no pasan desapercibidas las declaraciones de la menor A.M.G.S. dentro del proceso penal e incorporadas a este medio de control, como son:

- La psicóloga Ángela Medina realizó entrevista el 18 de octubre de 2011 a la niña **A.M.G.S.** (fls. 163 a 166, Doc. 37 E.D.), siendo importante destacar de la misma lo siguiente:

⁷⁶ Conforme se observa en el cuaderno No. 2, que se encuentra dentro de la carpeta denominada "expediente penal", que a su vez está dentro del anaquele digital del proceso de la referencia.

⁷⁷ **Artículo 139. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes.** El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

Por remisión de la tía Rosio Garzón se llama a valoración a la niña A.G.S. de 13 años (...)
Al iniciar la sesión se realiza recolección de datos y al preguntar por la relación con los tíos se observa que la niña agacha la cabeza y se encuentra nerviosa ante lo cual se inicia la entrevista:

¿Cómo es tu relación con tus tíos?

(...)

¿Cuándo pelean solo se tratan mal con la palabra o de otra forma?

Rta: Pues... (se queda callada unos minutos, baja la cabeza y empieza a tocarse las manos), es que no puedo decirle a nadie algo que me pasó (silencio)

¿Por qué no puedes contarle a nadie?

Rta: Porque mi mamá abuela sufriría y porque de pronto ellos pueden irse para la cárcel, ¿mejor me puedo ir para el salón?

(...)

¿Y tu cómo te sientes?

Rta: Me siento triste

¿Podrías confiar en mí para decirme lo que pase?

Rta: Es que ... (silencio por unos minutos) ... estábamos en la casa de mi tía Rosio con mis tíos Fredy, Germán y Jeison y ellos me violaron (llora y baja la cabeza)

¿Se encontraba alguien más contigo en la casa?

Rta: No, mi tía no estaba, estaban mis primas una niña de ocho (sic) y mi prima Andrea que tiene la misma edad que yo.

¿Y qué pasó con ellas?

Rta: a (sic) ellas también las han violado german y Yeison (sic), Fredy solo violó (sic) a la mayor, ellos nos engañaban nos ofrecían plata.

(...)

¿Hace cuánto ellos han abusado de ti?

Rta: Hace "arto", mi tío Germán me dice que desde que era pequeña mi mamá abuela le decía que me cuidara y yo cuando quería tenerlo el (sic) me ponía el pene en la boca.

¿Tus tres tíos han abusado constantemente de ti?

Rta: Hace dos semanas que no, mi tío German fue el último. **Mi tío Fredy está en el ejército porque un día mi mamá abuela lo vio cuando él me violaba y entonces cogió la ropa y se fue.** Mi mamá abuela me dice que tenía que olvidar eso y que quedaría entre los tres, **pero cuando el (sic) vino yo iba a hacer un mandado y el (sic) se me fue detrás (sic) y yo corrí para que no me hiciera nada.** (Negrilla del Juzgado).

- La menor **A.M.G.S.** fue entrevistada el 17 de septiembre de 2012 por la comisaria de familia de Garagoa, en calidad de testigo dentro del proceso radicado 153226008766-2011-80022 seguido en contra de YEISON, GERMAN y FREDY GARZÓN SOTO. Como aspectos a resaltar se tiene:

(...) Díganos si sabe el motivo por el cual se encuentra aquí. CONTESTO, Si, lo que pasa es que voy a comenzar por A.Y.C.G., porque ella fue la primera que comenzó a sufrir todo; nosotros con nuestros Tíos (sic) Fredy, Yeison y Germán Jugábamos (sic) al papá y a la mamá entonces, ellos nos decían que jugáramos, **Fredy Decía (sic) que el (sic) era mi esposo** y Yeison que era el esposo de A. y German que era el papá de Y.C.G. mi primita menor nosotras estábamos en Trincho en el llano en la casa de mi abuelita MERCEDEZ (sic) SOTO ULLOA eso fue como en el 2004, mis tíos dijeron que si nosotros yo y Andrea íbamos a hacer el almuerzo parecía (sic) ellos y nosotras les dijimos que si y ellos nos llevaron a una poceta de agua que queda en una quebrada, y comenzaron a pescar y sacaron unas mojarras y nos mandaron a A. y a mí para la casa a fritarlas, nosotras fuimos y las fritamos y se las dimos a ellos y **Fredy me dijo que como el (sic) y yo éramos esposos teníamos que tener hijos, y el (sic) me llevó para un cuarto de la casa era casita de madera, la pieza era de madera, me llevó para allá y me dijo que nosotros íbamos a tener hijos y me llevó para la pieza, me quitó la ropa y me dejó desnuda y el (sic) se quitó toda la ropa** y en ese momento llegó mi mamá abuelita y ella le preguntó a mi tío YEISON que donde estaba FREDY y el le dijo que no sabía, y mi mamá abuelita MERCEDEZ SOTO ULLOA fue a entrar a la pieza de ella por que donde estábamos era la alcoba de ella y Fredy me hizo poner un vestido y el (sic) también se visitó y el abrió la puerta y me dijo sigue diciendo las tablas como para que mi mama (sic) pensara que me estaba enseñando las tablas (sic) mi mamá le dijo que estábamos haciendo y el (sic) dijo que lo que pasaba era que me estaba enseñando las tablas, salimos de la pieza y ya ellos muchas veces intentaban manosearnos pero siempre alguien llegaba y no pasaba nada (...) cuando eso ocurrió con mi prima A. mi Tía (sic) Roció (sic) se paso (sic) a vivir a Guateque, mi tía primero se paso (sic) a vivir a la finca de ella, cuando eso estaban todas mi Tía, Y., C.A. **y ya eso fue en el 2007, entonces mi Tío (sic) Fredy me decía que nos metiéramos a un cuarto, mi tía estaba arreglando las piezas y como los pisos estaban mojados, mi Tío me llevo (sic) para detrás de la casa debajo de una mata de aguacate y entonces mi Tío Fredy se quitó el buzo (sic) que tenía se lo quito (sic), lo puso en el piso y como mi cuerpo no cabía en el buzo me dijo que me quitara el saco que tenía, entonces yo le dije que no me negué y el (sic) me dijo que me lo quitara yo le dije que no y el (sic) me lo quitó y lo puso en el suelo porque yo le había dicho que las hojas me molestaban la cola y entonces ellos**

llevaban aceite o saliva y nos echaban en la vagina y ellos se echaban en el pene, el (sic) me bajo los pantalones, me hecho (sic) aceite y me abrió las piernas y entonces el comenzó a cogerme e cuerpo como convenciéndome para que ocurrieran cosas, se monto (sic) encima de mí, eso ocurrió a fuerza y el (sic) a lo que ya había entrado el (sic) se paro (sic) rápidamente para cuando ellos botan eso y eso cayo (sic) encima de la ropa y me dio un pedazo de papel higiénico para que me limpiara y me dijo que el (sic) se iba para la casa y que luego yo me fuera, y yo me coloque mi ropa y luego me fui para la casa.

(...)

En otra ocasión en la Finca de mi Tía (sic) **Fredy me dijo que le lavara dos mudas de ropa y unas pantalonetas, yo estaba en el patio lavando la ropa y FREDY llevo (sic) y me cogió por detrás y comenzó a manosearme y mi abuelita se dio cuenta Y (sic) mientras ella alegaba con Fredy yo me fui corriendo para un balcón y por eso mi Tío se fue para el ejército y ya dejando hasta ahí en otra ocasión también Fredy en el galpón me llamo (sic) y me dijo que íbamos a hablar y yo fui a salir corriendo y llevo (sic) y me acostó y saco (sic) una papeletica que era un condón y yo le pregunte que para que era y dijo que para que no quedara embarazada esa vez fue la primera que el (sic) uso condón conmigo**; mi prima A. perdió la virginidad cuando nos tomaron las fotos, con A. fueron como cinco veces pero yo no se (sic) cuantas creo que dos veces estubo con Germán y con Fredy 2 y con Yeison una vez, conmigo fueron muchas veces como hasta el 2010 a final de año por que en el 2011 yo ya estaba viviendo con mi Tía(sic), con J. que fue una vez con German y Fredy una vez con C. pero eso lo se porque ella nos conto (sic).

- La menor A.M.G.S. rindió entrevista el 30 de mayo de 2013 ante un funcionario de la policía judicial, dentro del proceso penal 152996001266201100030 (fls. 419 a 423, Doc. 37 E.D.). Según documento en el cual quedó evidencia de aquella diligencia, ella señaló:

(...) Manifestó (...) que antes de vivir con la tía y las primas vivía con la abuelita eso desde que era pequeña porque la madre murio (sic) cuando ella tenía como ocho meses y vivió con ella hasta este año porque se separaron por lo sucedido. También vivía en donde la abuelita con tres tíos que se llaman Fredy Garzón Soto que tiene 19 años, Jeison Garzón Soto que tiene 18 años y Germán Garzón Soto que tiene 16 años. Ese (sic) pregunta a la adolescente como era el entorno familiar de ella y manifesto (sic) que era difícil porque ellos no la pasaban bien con ella, la agredían, no parecían la familia, que para ella eran como unas personas diferentes que vivían (sic) en la misma casa, dice que ellos siempre han estado en contra de la tía porque la tía (sic) dice que para ella no es seguro vivir con ellos porque ellos estaban abusando de ella. Se le pide que hable más de eso y manifestó que ellos la mandaban a hacer un oficio, a alzar la ropa y ella la entraba a la pieza y la dejaba en la cama y ellos serraban (sic) la puerta y abusaban de ella (...) Se pide a la adolescente que cuente que fue lo que pasó con Fredy y con Jeison y dice con Fredy mi mamá siempre me mandaba con él para el pueblo y no sé qué le pasó el siempre abusaba de ella, el siempre ha sido sincero con ella, cuando salían para el pueblo el le contaba que era lo que iba a pasar (...) (el documento es ilegible una parte) mas a la casa ella se fue para donde la tía en el año 2011. Se le pide a la adolescente que aclare cuantos años tenía cuando le sucedieron las cosas con su tío Fredy para la ves (sic) que ella manifesto (sic) que la había abusado en 2 ocasiones el mismo día y dice que tenía 12 años, eso fue un martes y que cuando terminaba de hacerle las cosas la amenazaba que no dijera nada o sino (sic) la mataba a mi mama (sic) o que me pegaba o le daba plata, manifestó que cuando se refiere a la mamá es la abuelita que se llama Mercedes Soto (...)

También llama la atención del Despacho las valoraciones psicológicas, psiquiátricas y médicas realizadas a la menor A.M.G.S., así:

- La psicóloga de la Comisaría de Familia de Guateque, como consecuencia de un documento enviado por la Fiscalía General de la Nación el 21 de noviembre de 2012, efectuó valoración psicológica sobre la menor A.M.G.S. (fls. 196 a 199, Doc. 02 E.D.). Dentro de aquel documento estableció un acápite que denominó "concepto", en el que señaló, entre otras, que "*dentro de las características personales se encuentra signos de alerta por un acontecimiento traumático al que responde emocional y psicológicamente, es decir, pude (sic) tener conductas evitativas como tener tendencias a "olvidar lo sucedido para evitar el dolor", "refugiarse en su condición religiosa", "tener tendencias agresivas" por no contar con estrategias adecuadas de afrontamiento (auto control, auto eficiencia, autoestima, habilidades de comunicación)*". Así mismo, dentro del acápite que denominó "conclusiones", refirió para lo que interesa lo siguiente:

"Según los criterios del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, DSM-IV, la examinada presenta para el momento de la evaluación, según el DSM-IV y el CIE-10 Y CIE-9-CM.

*DSM-IV F43.1 Trastorno por estrés postraumático [309.81]
CIE-10[V61.21] CIE-9-MC [995.5] Abuso sexual del niño"*

- El 19 de octubre de 2011 se realizó a la menor A.M.G.S. valoración médico – legal en la ESE Hospital Regional del Valle de Tenza (fls. 219 a 230, Doc. 37 E.D.). Por medio de documento de 07 de junio de 2012, por solicitud de la Fiscalía, se transcribió siendo importante resaltar lo siguiente:

B. ABORDAJE DEL CASO.

(...)

2. ENTREVISTA MÉDICO FORENSE.

Refiere la menor "me obligan a hacer el sexo, ellos me quitan la ropa interior y usan condones, se acuestan por encima, casi siempre es el mismo tío, no utilizan otros objetos".

Información suministrada por Otro: Y Paula Ortega, comisaria de Familia de Guateque.

2.1.1. Lugar de los hechos: En la Casa de la paciente en su habitación.

2.1.2. Más de un evento: Refiere múltiples ocasiones desde hace 1 año aproximadamente.

Fecha y hora del último episodio: Aproximadamente 3 "Tres" semanas.

2.2. PRESUNTO AGRESOR.

2.2.1. Relación con la víctima: Tíos Maternos

2.2.2. Agresores múltiples: No. de agresores 2. Describa: Maternos.

2.3.1. (sic) ACTOS REFERIDOS

2.3.1 Métodos empleados: Amenaza y golpes Físicos (sic)

Seducción, engaño, otros describa: Le pide que entre la ropa a la habitación.

2.3.3. Desnudez forzada o retiro forzado de prenda: Describa: El Tío le quita forzosamente la ropa.

Historia de eyaculación. Describa: Miembros Inferiores.

2.4. ACTIVIDADES POSTERIORES A LOS HECHOS.

2.4.1 Síntomas o molestias relacionadas con los hechos (sangrado, flujo, disuria, dolor, enuresis, encopresis, estreñimiento, etc. Estreñimiento posterior al evento, disuria, flujo vaginal blanquesino, no retiro en moderada cantidad. Niega sangrado.

(...)

G. ANALISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES.

Paciente femenina, 13 años de edad, presento (sic) abuso sexual por parte de familiar con hallazgos "al examen físico desgarró himeneales antiguos los hallazgos al examen físico no descartan los hechos relatados por la paciente. (sic)

Si bien la menor víctima se retractó en la audiencia de juicio oral sobre los señalamientos contra el señor FREDY GARZÓN, no debe desecharse su versión inicial. Pues como lo ha sostenido el Tribunal Administrativo de Boyacá "en estos casos los menores si bien por lo general dicen la verdad, pueden llegar a faltar a la misma por ser objeto de manipulación por los mayores"⁷⁸. Ante lo cual, según dicha Corporación, "el testimonio de los menores en esas condiciones no debe desecharse, sino valorarse junto con las demás pruebas vertidas en el proceso"⁷⁹.

Las particulares del caso dibujan un escenario en torno al acontecer fáctico narrado por la víctima A.M.G.S., puntualmente con relación a los abusos sexuales de los que fue objeto por parte del señor FREDY GARZON antes y después del año 2010. Más aun, cuando el Juez Penal encontró demostrado que la menor A.M.G.S. fue abusada sexualmente en diferentes oportunidades antes de 2010. Y también tras observar las declaraciones rendidas por ella el 18 de octubre de 2011 ante la psicóloga Ángela Medina y el 17 de septiembre de 2012 ante la Comisaria de Familia de Garagoa, donde coincidió en señalar que alguna vez (no precisó fechas) Fredy la estaba abusando, la mamá abuela -como ella le dice a la señora **Mercedes Soto Ulloa**⁸⁰- se percató, lo que produjo un altercado entre ellos que a la postre provocó que él se fuera a prestar servicio militar al ejército nacional, hecho que sucedió hacia septiembre de 2010 (fl. 476, Doc. 37 E.D.).

Las anteriores hechos un poco indeterminados -en tanto no hay certeza de las fechas, más sí de los acontecimientos-, a juicio del Despacho constituyen la causa por la cual se iniciaron 2 procesos penales contra el señor FREDY GARZÓN SOTO, y que dentro de aquel que es objeto de estudio se hubiese impuesto medida de aseguramiento. De manera que el daño consistente en la privación de la libertad es atribuible única y exclusivamente al referido señor. Desde el punto de vista causal: Si el señor FREDY GARZÓN SOTO no hubiese tenido dichos comportamientos indicados por la menor A.M.G.S., que desde la óptica civil

⁷⁸ TAB. Sala de Decisión Virtual No. 4, M.P., José Ascensión Fernández Osorio, rad.: 1523833330022016-00281-02. Tunja, 14 de julio de 2020.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ También demandante en este proceso

sobrepasan la conducta culposa conforme se deduce de las declaraciones de la menor, probablemente no se habrían iniciado las investigaciones penales y no se hubiese impuesto dentro de uno de ellos ninguna medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Y es que no puede olvidarse la relevancia que posee la manifestación del menor cuando, al parecer, fue objeto de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales.

En materia probatoria, en el contexto de la justicia penal, la Corte Constitucional ha indicado que en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad las autoridades judiciales tienen deberes negativos y positivos. En los primeros, se predica porque el funcionario judicial *"se abstenga de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño"*⁸¹. Mientras en los segundos, concierne a las obligaciones que ostentan las autoridades de actuar diligente y responsablemente en *"la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual"*; para eso, según la Corte, el funcionario judicial debe *"decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente (sic) debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación, integral al menor agredido sexualmente"*⁸².

De forma más reciente, con relación al tratamiento de la prueba en delitos contra menores que afectan la libertad, integridad y formación sexual la Corte Constitucional dijo:

(...) Como se puede observar a partir de la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad, los casos relativos a defecto fáctico en investigaciones sobre abuso sexual de menores ofrecen serios retos para el funcionario judicial, originados en el alcance del artículo 44 superior y en las dificultades probatorias concretas que han sido identificadas por la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación en ese escenario constitucional.

(...)

Por esa razón, en procesos que involucren el bienestar de niños y niñas, posibles víctimas de abuso sexual, las garantías clásicas del debido proceso penal deben armonizarse con el interés superior del menor que establece la obligación de buscar una protección integral de niños y niñas, adoptar las medidas que aumenten su bienestar, tomando en cuenta cada menor y cada caso, y aplicar el principio *pro infans*, regla hermenéutica que prescribe acoger la interpretación legal y fáctica que mayores beneficios reporten al menor, y recordar la prevalencia de sus derechos frente a los de los demás. En el ámbito penal, el funcionario debe asumir el ineludible compromiso estatal hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de hechos punibles, deber que adquiere mayor intensidad cuando la víctima es indefensa o vulnerable (C-004/03)⁸³.

En este contexto, no puede desconocerse la dificultad probatoria que se predica sobre este tipo de delitos, llamados *"delitos de alcoba"*:

(...) Los denominados delitos contra la integridad sexual han sido caracterizados como de difícil probanza en el desarrollo del proceso penal. Esto porque es considerado e identificado como "delito de alcoba", donde el victimario aprovecha la intimidad o privacidad en que se desarrollan los hechos y la ausencia de testigos o terceros para realizar su obra criminal, su desfogue sexual. Asimismo, la vulnerabilidad de las víctimas –niños y niñas– que presentando signos de angustia, vergüenza, pudor, sentimientos de culpas, deben narrar y dar conocer públicamente ante los estrados de la justicia el o los episodios que los tuvo como protagonistas, con las secuelas de estigmatización y victimización sexual que ello representa, lleva aún más la dificultad probatoria de este tipo de delitos (...) ⁸⁴.

Ante la mencionada dificultad probatoria en este tipo de delitos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dado crédito a las declaraciones rendidas por las menores víctimas, así por ejemplo en decisión de 2006 -aplicable para la época de los hechos- dijo:

De modo que, como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, **sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.**

(...)

⁸¹ Sentencia T-554 de 2003.

⁸² Ibid.

⁸³ Sentencia T-1015 de 2010.

⁸⁴ PIPINO, Valeria. Psicología jurídica forense. La importancia y relevancia del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos contra la integridad sexual. [En línea] Disponible en <https://psicologiajuridica.org/archives/4113>. Consultado el 27/05/2020.

El testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible

(...)

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

(...)⁸⁵

Y, en oportunidad más reciente, la misma Corporación señaló:

(...) la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental (...)⁸⁶

En esas condiciones, dada la complejidad probatoria que rodea este tipo de asuntos, se ha dado crédito a la declaración de la menor.

Valga señalar que el Consejo de Estado también ha tomado partido al respecto, mencionando la forma cómo debe observarse en los procesos contenciosos la prueba en delitos sexuales que atentan al parecer contra menores:

(...) 10.1.2.2. La Sala considera que en la gran mayoría de casos, las graves violaciones de derechos humanos y particularmente las concernientes a delitos sexuales en niños, niñas y adolescentes -NNA- acaecen en escenarios cerrados o aislados donde el agresor y los menores son los únicos testigos directos. Lo anterior ha producido que las víctimas, como sujetos con debilidad manifiesta, queden en la imposibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana e integridad física con otros medios probatorios. Además, es muy preocupante cuando no se ha tenido dentro del proceso penal consideración especial a un NNA y se lo ha sometido, como en este caso, a un interrogatorio circular y repetitivo, lo cual se traduce en un inadecuado acceso a la administración de justicia.

10.1.2.3. Por tal razón, el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles y valorar, tal como se expuso en las anteriores reglas, **la indagatoria como un medio de prueba idóneo cuando tenga un vínculo de conexidad con otros elementos probatorios obrantes en el plenario.**

10.1.2.4. Esta postura resulta razonable y justificada, ya que en casos de graves violaciones de derechos humanos se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, en especial en casos de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes -NNA-, quienes quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de la reparación la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios.

10.1.2.5. Esta postura resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, que al respecto ha señalado que en casos de responsabilidad por graves violaciones a los derechos humanos, el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba (...)⁸⁷

Sumado a todo lo dicho, la decisión que se adopta en este acápite -tener por demostrada la culpa de la víctima- se fundamenta también en que el proceso penal objeto de estudio posee relevancia constitucional, en tanto se relaciona con **delitos que al parecer atentaron contra la libertad, integridad y formación sexuales de una mujer menor de edad**, por lo cual posee un trato especial dentro del ordenamiento jurídico.

Convencionalmente existen múltiples instrumentos que salvaguardan la libertad, integridad y formación sexual de la niños, niñas y adolescentes⁸⁸:

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P., Marina Pulido de Barón, proceso rad. Proceso No 23706. Bogotá, 26 de enero de 2006.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P., Luis Guillermo Salazar Otero, proceso rad. Proceso No 43917. Bogotá, 24 de julio de 2017.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección "B", C.P., Ramiro Pazos Guerrero, rad.: 20001-23-31-000-2008-00263-01(42376). Bogotá, 01 de agosto de 2016.

⁸⁸ C.fr., sentencia C-177 de 2014.

- ✓ Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁹.
- ✓ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹⁰.
- ✓ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹¹.
- ✓ Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- ✓ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹².
- ✓ Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁹³.

Igualmente, también hay normas internacionales que protegen a las **mujeres** de conductas como las investigadas al interior del proceso penal objeto de esta demanda:

*En el ámbito regional, pueden observarse como relevantes los siguientes:

- ✓ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" (1995) (Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995)

*En el sistema universal de los derechos humanos, encontramos los que a continuación se exponen:

- ✓ La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993).
- ✓ La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

Los anteriores instrumentos hacen parte del ordenamiento jurídico y tienen la misma jerarquía normativa que las disposiciones constitucionales. No porque el Estado Colombiano los haya ratificado e incorporado al ordenamiento local a través de alguna Ley, sino debido a que, al regular derechos humanos e instrumentos para su protección, hacen parte del bloque de constitucionalidad en *stricto sensu*⁹⁴ y, por ende, tienen la misma obligatoriedad que las normas superiores.

Como puede entonces observarse, el Estado colombiano tiene obligaciones y, por tanto, responsabilidad en el plano internacional para combatir y reprimir conductas que atenten

⁸⁹ Ibidem: "que consagra entre otras las garantías a la igualdad, la dignidad y la vida (arts. 1º, 3º y 7º), siendo importante lo referente al acceso a la administración de justicia, tanto para los adultos como para los menores de edad, acorde con la cual se tiene el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, para el amparo contra actos que conculquen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la ley (art. 8º).

⁹⁰ Ibid.: "se habían realizado los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad (arts. I y II) y que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales (art. VII)"

⁹¹ Ibid.: "Exhorta a los Estados Partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna (art. 2º), entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. Se consagra además el derecho de todas las personas a la igualdad, sin distinción, y la prohibición de cualquier forma de segregación (art. 26)"

⁹² Ibid.: "contiene una serie de innovaciones, pues además de insistir en que los Estados partes se comprometen a brindar una adecuada protección al grupo familiar y, en especial, a adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de su capacidad física, intelectual y moral (art. 15)"

⁹³ Artículo 19.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, **incluido el abuso sexual**, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

(...)

Artículo 34. **Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.** Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales
c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

⁹⁴ En sentencia C-191 de 1998 dijo la Corte Constitucional sobre el particular: "(...) **Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad.** En un primer sentido de la noción, que podría denominarse **bloque de constitucionalidad stricto sensu**, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha **y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción** (C.P., artículo 93).

(...)

Más recientemente, la Corte ha adoptado **una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad**, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias".

contra libertad, integridad y formación sexual de la niños, niñas y adolescentes, así como aquellas que se dirijan también contra las mujeres.

Agréguese a lo anterior que el artículo 44 de la Carta Política de 1991, además de indicar un catálogo enunciativo de derechos fundamentales de los menores de edad⁹⁵, preceptúa que "*serán protegidos contra toda forma de abandono, **violencia física o moral**, secuestro, venta, **abuso sexual**, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*". Así mismo, establece de manera categórica que sus derechos "*prevalecerán sobre los demás*". Respecto a este último tópico, la Corte Constitucional ha indicado que "*los derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 Superior son desarrollo del interés superior del menor y **tienen carácter prevalente en el ordenamiento jurídico, de manera que prevalecen sobre los derechos de los demás, y deben guiar las actuaciones de todas las autoridades públicas y de los jueces, quienes están en la obligación de propender por el desarrollo armónico e integral de los niños, niñas y adolescentes***"⁹⁶.

El Alto Tribunal Constitucional se ha referido a los deberes especiales de garantía de la administración de justicia penal frente a los menores de edad, señalando que "*los diversos funcionarios que actúan en las etapas procesales de investigación y de juzgamiento **debe estar siempre orientado por el principio del interés superior del menor**, bien sea que se encuentre en la situación de sujeto activo de la infracción o de víctima o afectado por el mismo*"⁹⁷.

En consideración de este Juzgado, el propósito de las entidades demandadas dentro del proceso penal objeto de estudio fue garantizar el interés superior de la menor víctima quien, al parecer -y conforme lo dijo el juez penal- fue objeto de abusos sexuales por parte del señor FREDY GARZÓN SOTO. Por lo cual, resulta acertado reiterar que la investigación penal, la imposición de la medida de aseguramiento y la privación de la libertad del referido señor se produjo como consecuencia de las actuaciones que él desplegó contra la menor A.M.G.S., respecto de quien quedó demostrado el trato especial que correspondía dispensársele por parte del Estado.

Para concluir el anterior apartado, resulta oportuno traer pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá relativo al análisis de la culpa de la víctima de privación de la libertad en el marco de procesos penales por delitos de índole sexual cometidos contra niños, niñas o adolescentes:

(...)

En consecuencia a todo el análisis probatorio y del caso en concreto efectuado, la Sala teniendo en cuenta la perspectiva de género y otros factores sociales, como contextos de conflicto, la violencia sexual contra las niñas, colige que además de lesionar su derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia, puede llegar a constituir también una vulneración de otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad sexual, a la igualdad, a la integridad, a la seguridad personal, a la vida y a la salud, entre otros; por ello es proscrita por múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará). Además, como ha indicado el Comité encargado del seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), esta Convención, al proscribir la discriminación contra las mujeres, también condena la violencia como forma de discriminación.

Para la Sala atendiendo el marco normativo y jurisprudencial, considera que todos los estamentos partiendo desde la familia, las autoridades judiciales y administrativas, entre otras, tienen imposición y deber de garantizar los derechos fundamentales de las niñas, conllevando a la obligación de **adelantar las respectivas investigaciones y juicios penales con debida diligencia**. Este deber de debida diligencia se traduce en obligaciones concretas como (i) adelantar la investigación de manera oportuna y dentro de un plazo razonable; no tomar decisiones discriminatorias basadas en estereotipos de género; brindar a las víctimas oportunidades para ser oídas y participar dentro del proceso, así como tomar en cuenta sus opiniones y reclamos, y adoptar mecanismos para facilitar la rendición del testimonio y para proteger su intimidad; permitir a las víctimas solicitar el control de legalidad de las decisiones que afectan sus derechos; y armonizar los derechos de los presuntos agresores con los derechos de los niños, por ejemplo, aplicando el principio de in dubio pro reo en última instancia después de una investigación seria y exhaustiva, dando prioridad a los casos y resolverlos con celeridad y tratar a los niños con consideración teniendo en cuenta su nivel de madurez y su situación de indefensión como víctimas.

⁹⁵ C.fr., Sentencia C-017 de 2019.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Sentencia T-554 de 2003.

Bajo las anteriores premisas, la instancia concluye que aunque efectivamente fue irrogado un daño al señor MILTON HERNAN GRANADOS LADINO, este se derivó de su propia conducta civilmente dolosa que fue la que generó la **necesidad de movilizar el aparato jurisdiccional e imponer la medida restrictiva del derecho a la libertad**. Así que en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 fue probada la configuración del eximente de responsabilidad atinente a la culpa exclusiva de la víctima. Por ende, las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas, conllevando a confirmar en su integridad el fallo recurrido, al tenor de las disposiciones normativas y parámetros jurisprudenciales que actualmente regulan el estudio de casos como el que ocupó la atención de esta Sala (...)»⁹⁸ (Subrayado fuera de texto).

Así pues, como quiera que una vez comprobada la culpa de la víctima -como aquí sucedió- el Estado queda exonerado de responsabilidad, no queda camino diferente que negar las pretensiones de este medio de control.

Por otra parte, el Juzgado encuentra que el señor FREDY GARZÓN SOTO contribuyó también en los efectos del daño demandado al no interponer ningún recurso contra la decisión que lo privó de la libertad, a pesar de que era procedente según el artículo 177 del CPP (dicha omisión se concluye porque así se señaló dentro del acta de la audiencia y debido a que al interior del trámite penal no existe evidencia de que se haya decidido algún recurso). Además, que no haya solicitado el levantamiento de la medida de aseguramiento luego de su imposición, a pesar de que podía hacerlo, ayudó al agravamiento de los efectos de la privación de la libertad. Esto va en contravía del principio de mitigación del daño que al afectado le corresponde.

Finalmente, debido a que las pretensiones se negarán, no es necesario referirse al hecho de un tercero como eximente de responsabilidad planteado por el apoderado de la Rama Judicial.

7. Costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala que se debe condenar en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

En este asunto no se observa la configuración del mencionado supuesto de hecho, en tanto que existen argumentos -si bien no acogidos por esta sentencia- que justificaron la interposición de la demanda. Por ende, el Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante que fue el extremo vencido.

VI.- DECISIÓN JUDICIAL

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, según las razones otorgadas en esta sentencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas, conforme con lo señalado en la parte motiva.

TERCERO.- En cumplimiento del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, **REMITIR** copia electrónica de esta decisión a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

CUARTO.- En firme esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias y anotaciones de rigor.

En este evento, por secretaría se debe remitir al Juzgado Penal del Circuito de Guateque los tres (3) micro casets que fueron prestados del expediente penal 153223104001-2015-00033, adelantado contra el señor FREDY GARZÓN SOTO. Realícense las anotaciones y constancias respectivas.

⁹⁸ TAB. Sala de Decisión Virtual No. 4, M.P., José Ascensión Fernández Osorio, rad.: 1523833330022016-00281-02. Tunja, 14 de julio de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE**Firmado Por:**

**EMILSEN GELVES MALDONADO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

af9ce98ec96ec2bb176a42abe227612bdf0a0141b224c3ebec9fe19a6cace0

Documento generado en 10/06/2021 02:30:57 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**